Die Rechtsstellung des Mannes zum Frauengut und der Konkurs der Ehefrau

bei den gesetzlichen Güterständen.

Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der hohen juristischen Fakultät der
Georg-August-Universität Göttingen.

Eingereicht von

Wilhelm Julius Königswarter

Referendar.

Hannover 1914.

Referent:
Professor Dr. jur. Heinrich Titze.

Druck von H. Osterwald, Hannover.

Literatur

(soweit nichts anderes gesagt, die bis zum 1. August 1913 letzterschienenen Auflagen.)

I. Lehr- und Handbücher.

A. **des Familienrechts:**

Cosack, Crome, Dernburg, M. Wolff, Wieruszowski, Handbuch des Eherechts. Teil II: Das eheliche Güterrecht. Düsseldorf. 1903.

B. **des Konkursrechts:**

W. Endemann, Das deutsche Konkursverfahren 1889.
Fitting (3. Aufl.), **Hellmann,**
Kohler, Lehrbuch, Stuttgart 1891,
Kohler, Leitfaden, 2. Auflage,
Seuffert (in Bindings Handbuch 1889),
Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe I, Stuttgart 1891.

C. **des Zivilprozeßrechts:**

Hellwig, Lehrbuch,
R. Schmidt,
Wach, Handbuch 1885.

II. Kommentare und Materialien.

A. **zum BGB IV. Buch:**

Motive, Protokolle,
Neumann, Handausgabe,
Planck-Unzner, Reichsgerichtsräte (1. Aufl.)
(RGR), Schmidt-Habicht (München 1907),
Staudinger.

B. **zur KO:**

Harburger,
E. Jaeger,
Petersen-Kleinfeller,
Sarwey-Boffert,
Wilmowski.

C. **zur CPO:**

Seuffert,
Stein.

III. Abhandlungen.

Dieterich

Rechte der Gläubiger gegenüber dem Nießbraucher am Vermögen des Schuldners.

Heidelb. Diss. 1908.

Geib

Die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut.

A. f. z. P. 94. S. 317 ff.

Hein

Duldung der Zwangsvollstreckung.

(Leonhards Abh.) 1911.

Heinsheimer

Das Recht des Mannes am Vermögen der Frau bei dem ordentlichen Güterstande des BGB.

(Fischers Abh. X, 3) 1903.

Hellwig

Anspruch und Klagrecht.

1900.

Heydemann

Konkurs der unter dem gesetzlichen Güterstande lebenden Ehefrau.

Rostock (Diss.) 1905.

Hoppe

Ein Beitrag zur Lehre über die Klagen gegen den Ehemann nach § 739 CPO.

Jena (Diss.) 1906.

Jolly

Die Duldungspflicht des Ehemanns gemäß §§ 739, 741 CPO.

Arch. f. z. P. 93. 433.

Kauder

Die Einwirkung des ehelichen Güterrechts auf den Konkurs der Ehefrau.

Breslau (Diss.) 1905.

Knitschky

Die Schuldenhaftung der Ehegatten bei dem gesetzlichen Güterstande.

Meckl. Zschr. f. Rpfl. XVIII. (1900) S. 125 ff.

Landau

Die Verurteilung des Ehemanns zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau.

A. f. z. P. 99. 457 ff.

Quaatz

Der Konkurs in das Vermögen einer im gesetzlichen Güterstande lebenden Ehefrau.

Arch. f. b. R. 24. S. 30 ff.

Rohs

Leistungs- und „Duldungs"anspruch.

J. W. 06. S. 591 ff.

Schröder

Eheliches Güterrecht.

3. Aufl. Berlin 1900.

Seuffert

Eine Lücke des Konkursrechts.

DJZ. 98. S. 119 ff.

Walsmann

Die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte und das Gesamtgut.

Leipzig 1904.

Ullmann

Das gesetzliche eheliche Güterrecht.

2. Aufl. Berlin 1903.

Inhalt

Seite

§ 1. Einleitung 3

§ 2. Die Stellung der Abhandlung zu den Grundfragen des Konkursrechts 4

§ 3. Die Gütertrennung 10

§ 4. Bei Verwaltungsgemeinschaft gibt es keinen Sonderkonkurs einer der beiden Vermögensmassen 23

§ 5. Der Mann hat ein absolutes Recht an den einzelnen Gegenständen des eingebrachten Gutes 27

§ 6. Der Konkurs als solcher berührt das Recht des Mannes nicht 29

§ 7. Das Recht des Mannes ist den Gläubigern der Frau gegenüber nicht nur auf ein Widerspruchsrecht beschränkt 32

§ 8. Die bisherigen Ansichten über die Rechtsnatur der Klage aus § 739 CPO 34

§ 9. Die Ansicht dieser Abhandlung über die Rechtsnatur der Klage aus § 739 CPO 37

§ 10. Der Mann hat ein Aussonderungsrecht an den Gegenständen des eingebrachten Gutes 42

§ 10a. Das Aussonderungsrecht des Mannes umfaßt das gesamte eingebrachte Gut 44

§ 11. Die Vollgläubiger können während des Konkurses weder ins eingebrachte Gut vollstrecken noch die Duldungsklage durchführen 45

§ 12. Der Konkursverwalter ist aktiv legitimiert, die Duldungsklage zu erheben und eingebrachtes Gut daraufhin zur Masse zu ziehen 47

§ 12a. Der Konkurs der Erwerbsfrau erfährt keine abweichende Behandlung 52

Seite

§ 13. Die Vollgläubiger haben ein Recht auf alleinige Befriedigung aus den Gegenständen, die aus dem eingebrachten Gute zur Masse gezogen sind 53

§ 14. Die Stellung der Vollgläubiger im Verfahren 64

§ 14a. Die Stellung der Vollgläubiger beim Zwangsvergleich . . . 67

§ 15. Die Rechtshandlungen des Mannes in Ansehung des eingebrachten Gutes 69

§ 16. Die Voraussetzung des Konkurses 71

Schlußbemerkung 78

Diejenige Konstruktion ist die brauchbarste und bedeutendste, der es gelingt, die Fülle der Erscheinungen möglichst vollständig und möglichst einfach und klar zu erfassen.

(Kohler im ArchfzP. 81, S. 331.)

§ 1.

Die Konkursordnung beschäftigt sich nur wenig mit dem Konkurs der Ehefrau. Nur § 2 KO sagt:

„Durch das Konkursverfahren über das Vermögen der Ehefrau wird das Gesamtgut nicht berührt."

Gerade für den gesetzlichen Güterstand der Verwaltungsgemeinschaft finden sich für diesen Konkurs weder in der KO, noch im BGB Bestimmungen.[1])

Die erste Kommission[2]) verkannte zwar die legislatorische Schwierigkeit und Notwendigkeit, diese Fragen zu regeln, nicht, wollte dies aber einer ja doch erforderlichen Revision der KO vorbehalten. Bei dieser Revision jedoch lehnte man einen eingehenden Vorschlag mit der Begründung ab, die wenigen praktischen Fälle würden schon in den allgemeinen Richtlinien der gesetzlichen Bestimmungen ihre Lösung finden.[3])

An diesem Stand der Dinge vermochte auch die wissenschaftliche Kritik nichts mehr zu ändern.[4])

Es war also nun Aufgabe der Wissenschaft, das Problem in allen seinen Einzelfragen zu untersuchen, aber auch sie nahm sich der Sache sehr wenig an. Den Darstellungen des Familienrechts war die Frage zu konkursrechtlich,[5]) denen des Konkursrechts zu materiellrechtlich.[6]) Es sind nur sehr wenige Schriftsteller, die es versuchen, den Fragen nachzugehen, wenn auch die Zahl derer, die ihre Meinung unbegründet aufstellen, nicht gering ist.[7]) Aber auch die eingehenderen Untersuchungen sind

---

1) Ich sehe von der hier nicht interessierenden Bestimmung des § 218 KO ab.

2) Mot. IV. S. 259.

3) Prot. VI. S. 767 ff.

4) Seuffert, Eine Lücke des Konkursrechts. DJZ 1898, S. 119 ff.

5) z. B. Cosack II, S. 579; M. Wolff § 56, A 1. S. 202.

6) z. B. Oetker S. 144.

7) z. B. Dernburg S. 161.

zu so verschiedenen, ihre Verfasser oft selbst nicht befriedigenden Resultaten[8]) gekommen, daß dies wohl den Versuch rechtfertigt, „die de lege lata nicht befriedigend gelöste Frage"[9]) nochmals zu untersuchen und für die Lösung der zahlreichen, dabei auftauchenden Einzelfragen eine gesicherte Grundlage zu schaffen. Rein theoretisch ist dies Interesse nicht, schon haben einige der Schwierigkeiten das Reichsgericht beschäftigt; vor allem aber ist ein Hinwirken auf die sichere Lösung aller Fragen nirgends so notwendig, wie im Konkursrecht, wo jede Unklarheit den Kridar zu sogenannten „Schiebungen" geradezu einlädt.

Allerdings ist es m. E. unmöglich zu diesen Fragen eine gesicherte Stellung zu gewinnen, wenn man sie losgelöst von den grundlegenden Fragen des Konkursrechts betrachtet, deshalb ist vor dem Eingehen auf das eigentliche Thema der Abhandlung die Stellungnahme dazu kurz erörtert.

Wenn außerdem noch der Konkurs der Ehefrau bei Gütertrennung mit und vorweg abgehandelt ist, so geschah dies lediglich, um an die Verwaltungsgemeinschaft mit für das Vorbehaltsgut im wesentlichen gesicherten Resultaten herantreten zu können.

§ 2.

Im Folgenden wird mit der herrschenden Meinung von der Ansicht ausgegangen, daß der Konkurs eine Art der Zwangsvollstreckung ist,[1]) insofern darunter ein Verfahren verstanden wird, das subjektiven Rechten trotz des Nichtwollens oder -könnens des Verpflichteten mit Hilfe des staatlichen Zwangs Befriedigung zu verschaffen sucht.

---

8) z. B. Ullmann S. 256.

9) M. Wolff S. 202.

1) So auch Wach, Hellwig, Kohler, Jaeger, Seuffert u. a., es wird aber auch die Ansicht vertreten, der Konkurs gehöre zur freiwilligen Gerichtsbarkeit, (Lit. bei Petersen-Kleinfeller Bem. 2 zu § 6), was m. E. kein notwendiger Gegensatz ist, da auch in der Singularexekution ein gutes Stück freiwilliger Gerichtsbarkeit liegt; der Streit entsteht dadurch, daß man freiwillige Gerichtsbarkeit im materiellen und im formellen Sinne nicht genügend auseinander hält.

Das von der übrigen Zwangsvollstreckung abweichende, eigenartige des Konkursverfahrens beruht auf seiner Natur als Universalexekution, die von dem Grundsatz ausgeht, einen höchstwahrscheinlich doch nicht zu vermeidenden faktischen Verlust durch Bildung einer Verlustgemeinschaft wirtschaftlich so erträglich wie möglich zu machen. Es findet also das Konkursverfahren statt, wenn voraussichtlich bei einer augenblicklichen Befriedigung der fälligen Ansprüche die dem Schuldner hierzu verfügbaren Mittel nicht mehr ausreichen; der Zweck ist im Gegensatz zu dem individualistischen Prinzip der Einzelvollstreckung eine Verteilung des einmal notwendig gewordenen Verlustes auf alle Gläubiger nach Maßgabe ihrer materiellen Berechtigung auf Befriedigung zur Zeit der Konkurseröffnung.

Durch die Konkurseröffnung wird eine — um einen neutralen Ausdruck zu gebrauchen — Festlegung des in ihrem Moment zur Befriedigung heranziehbaren Vermögens des Schuldners für die Gläubiger erwirkt. Daß hiermit eine bestimmte Machtstellung des Konkursverwalters zu den Gegenständen dieses Vermögens erreicht wird, daß diese Machtstellung von der Rechtsordnung geschützt wird, daß also der Konkursverwalter ein „Recht an den Gegenständen" geltend machen kann, ist m. E. unbestreitbar, fraglich kann nur erscheinen, wer der subjektive Träger dieses Rechts ist.

Die herrschende Meinung widerstrebt nun aber der Konstruktion dieses Rechtes als eines Konkursbeschlagsrechtes,[2]) zwar gibt man zu, daß die Konkurseröffnung eine Reihe von Wirkungen äußere, die sich — was dann wohl als eine Zufallserscheinung zu erklären oder vielmehr nicht zu erklären ist — in einen gewissen Zusammenhang bringen lassen, die man daher auch unter der Bezeichnung „Konkursbeschlag" (Jaeger)[3]) oder —

---

2) Mot. II. S. 15, RG (z. B. VII. 11. Mai 1906 in LZ 1911, S. 845 N. 26); Jaeger zu § 3 Bem. 47 ff.; Wilmowski S. 24; Petersen-Kleinfeller a. a. O.; Oetker S. 129; R. Schmidt in ZZP. S. 537 ff.; Sarwey S. 21 und viele andere.

3) zu § 3 Bem. 51.

was schon sehr zu der hier vertretenen Ansicht herüber neigt — „Generalarrest" des ganzen Vermögens (Staudinger)[4]) zusammenfassen könne.

Wenn man aber anerkennt, daß die Konkurseröffnung gewisse von der Rechtsordnung geschützte Machtbefugnisse gibt, so sind das eben subjektive Rechte, streiten kann man sich nur noch über ihr Wesen und über ihren Träger.

Es ist nun der Standpunkt dieser Abhandlung, daß die Konkurseröffnung ein einheitliches Konkursbeschlagsrecht bewirkt, das wesensverwandt ist mit dem Pfändungspfandrecht, wohlgemerkt, nur verwandt, nicht identisch,[5]) keineswegs passen alle Regeln des Pfändungspfandrechts auf das Konkursbeschlagsrecht. Es liegt nun außerhalb des Rahmens dieser Untersuchung, eine eingehende Erörterung der Frage zu bieten, eine knappe Hinweisung auf die Argumente für und wider soll genügen.

Seuffert[6]) hat alle wesentlichen Bestimmungen der Konkursordnung, die auf das Konkursbeschlagsrecht hindeuten, zusammengestellt, wenn ich mich auch der von ihm und Hellmann[7]) beliebten Konstruktion der Partialpfandrechte in einer Hand nicht anzuschließen vermag.

Gegen das Beschlagsrecht sind außer der Schwierigkeit der Konstruktion des Rechtssubjektes sehr stichhaltige Gründe nicht vorgebracht.

Wenn die Motive[8]) es „legislativ unzureichend und fehlerhaft" nennen, so sind das schließlich Gründe nur für den, dem es nicht gelingt, das Gesetz von seinen Materialien losgelöst zu interpretieren, für jeden anderen sind es Behauptungen. Der Grund der Motive, es liege kein vollstreckbarer Titel vor, wird dadurch hinfällig, daß eben die Konkurseröffnung selbst diesen

---

4) zu § 392 Bem. 3.

5) Anders auch nicht Kohler s. Lehrbuch S. 102, Leitfaden S. 74.

6) Kpr. § 25.

7) s. besonders Hellmann S. 631. Man beachte die gut durchgeführte Parallele mit der Grundstücksbeschlagnahme S. 630 f., auch noch die Gründe S. 628 f.

8) II. S. 15.

Titel bildet. Daß es keines besonderen Vollstreckungstitels außerdem noch bedarf, liegt in der universalen Natur der Konkursvollstreckung begründet.

Von einem Generalpfandrecht im Sinne des römischen Rechts, das eine „reine Ironie des Schicksals gegen den klaren Willen der Reichsgesetzgebung“[9]) eingeführt hätte, kann auch keine Rede sein. Es handelt sich um einen ganz festumrissenen Vermögenskomplex, der ergriffen wird, nämlich alle pfändbaren Gegenstände, die zur Zeit der Konkurseröffnung dem Gemeinschuldner gehören. Die Verkehrsunsicherheit, die das Generalpfandrecht des römischen Rechts verursachte, kann gar nicht eintreten. Auch ein Bruch mit dem Prinzip der Publizität liegt nicht vor. Es erscheint mir durch die öffentliche Bekanntmachung der Konkurseröffnung besser gewahrt, wie durch das auf Wunsch vom gefälligen Gerichtsvollzieher unauffindbar verklebte Siegel, das diesen Dienst bei der Einzelpfändung meist allein versehen muß.

Auch die — von Fitting[10]) wohl zuerst als Argument benutzte — Regelung der Nachlaßverwaltung spricht nicht gegen das Beschlagsrecht, denn selbst von der in diesem Argument liegende petitio principii abgesehen[11]) ist doch trotz einiger Verfahrensähnlichkeiten das Wesen der Nachlaßverwaltung von dem des Konkurses grundverschieden. Sie will nur eine vom Vermögen des Erben gesonderte Verwertung des Nachlasses ermöglichen, steht aber nicht auf dem Verluste ausgleichenden Standpunkt des Konkurses, dafür ist der beste Beweis, daß nach § 1985 mit § 1980 BGB die Eröffnung des Konkurses dann sofort erstrebt wird, wenn seine Voraussetzungen gegeben sind, und daß damit dann die Nachlaßverwaltung endet.

Falsch ist es allerdings, aber es sollte nicht nötig sein, das erst zu betonen, als mit der Konstruktion des Beschlagsrechts notwendig verbunden von einem gutgläubigen Erwerb dieses

---

9) Jaeger § 5 Anm. 48.

10) § 5 A. 17 aber auch z. B. Jaeger § 3 Anm. 48.

11) s. darüber Hellmann S. 627 f.

Rechts zu sprechen, auch der Erwerb des Pfändungsrechts steht nicht unter Vertrauensschutz.[12])

Der einschneidende Unterschied zwischen Pfändungspfandrecht und Beschlagsrecht liegt in der Natur der Universalexekution, oder vielleicht noch mehr in ihrer Geschichte begründet. Die Voraussetzung des Konkurses ist die Wahrscheinlichkeit, daß die verfügbaren Mittel des Gemeinschuldners nicht zur Befriedigung der Gläubiger ausreichen, darum behält zwar der Gemeinschuldner während des Konkurses das Eigentum an dem befangenen Vermögen, auch die quasi-Hyperocha fällt ihm zu, aber er ist jedes Einflusses auf die Masse beraubt,[13]) da ja voraussichtlich diese doch voll verwendet werden muß.[14])

Die Hauptfrage, deren vielleicht nicht ganz einwandfreie Lösung die meisten Gegner[15]) der Beschlagsrechtstheorie in dieser Gegnerschaft erhält, ist die nach dem Rechtssubjekt dieses Beschlagrechts. Es lag ja in der Parallele zum Pfändungspfandrecht gegeben, daß die Gläubiger dieses Rechtssubjekt bilden mußten, daß der Konkursverwalter also ihr Vertreter war. Um dies einerseits zu rechtfertigen, andererseits um zu beweisen, daß eine solche Gläubigerschaft, die Rechte erwerbe, nicht existiere, ist viel Scharfsinn verwendet. Über diese Schwäche der Beschlagsrechtstheorie vermag auch die recht gezwungene Konstruktion Seuffert-Hellmanns von den Partialpfandrechten nicht hinwegzutäuschen.

---

12) Eigentümlich das RG IV. 2. Juli 1900 in RGE 46, S. 167. „die Theorie . . . . daß . . . . infolge der Konkurseröffnung . . . . ein dem Pfändungspfandrecht ähnliches dringliches Recht entstehe, und daß es sich dabei a l s o (? ! ?) um einen Rechtserwerb handele, welcher nach den für den gutgläubigen, entgeltlichen Erwerb geltenden Grundsätzen zu beurteilen sei . . . ." Wenn Kohler einmal (Leitf. S. 74) so schlußfolgert, so darf man dies noch nicht als integrierenden Bestandteil der Beschlagrechtstheorie überhaupt auffassen.

13) Charakteristisch dafür die abgeschwächte Wirkung seines Widerspruchs im Feststellungsverfahren.

14) Damit erledigen sich wohl auch die Bedenken Wachs (S. 545), der im allgemeinen die Beschlagrechtstheorie für brauchbar hält.

15) deutlich, daß die Gegnerschaft diesen Erwägungen entstammt, bei R. Schmidt, Oetker, Sarwey u. a.

Es kann nun hier nicht die ganze Frage nach der Rechtsstellung des Konkursverwalters aufgerollt werden, mit der die Lösung dieser Schwierigkeit eng verknüpft ist, es sei nur der Standpunkt dieser Abhandlung dargelegt.

Allerdings ist die notwendige Konsequenz nicht nur der Beschlagrechtstheorie, sondern auch der laienhaftesten Anschauung vom Wesen des Konkursverfahrens die Feststellung, daß der Konkursverwalter die Interessen der Gläubiger wahrzunehmen hat. Dazu ist aber nicht die Konstruktion des Begriffes der „Gläubigerschaft" nötig.

M. E. ist der Konkursverwalter die Personifikation der Interessen der Gläubiger. Eine solche Interessenpersonifikation ist dem Gesetz durchaus nichts Fremdes, es kennt sie auch sonst, nur ist sie im Konkurs am feinsten durchgebildet. Ein Beispiel für andere Fälle ist der Treuhänder des § 1189 BGB (wenn das Gesetz da von „Vertreter" spricht, kann man auch den Konkursverwalter den Vertreter der Gläubiger nennen, nur muß man dabei festhalten, daß dazu dann auch nicht der Begriff der „Gläubigerschaft" erforderlich ist). Auch dieser Treuhänder hat eine sogar noch viel weniger organisierte, weniger greifbare, nur durch die Gemeinsamkeit gewisser Interessen zusammengefaßte Personengruppe in diesen Interessen zu wahren. Ein anderes, auf einer noch unentwickelteren Stufe der Interessenpersonifikation stehendes Beispiel ist der Treuhänder der Hypothekenbank.

Der Konkursverwalter übt also seine Rechte zwar mit der Verpflichtung für andere Interessen zu handeln aber doch kraft eigener, ihm vom Gesetz verliehener Rechtsmacht aus, die nach außen unbeschränkbar ist. Nur erhalten die Interessenten, sobald ihre Interessen einigermaßen feststellbar sind, eine gewisse Organisation, durch die sie Einfluß auf die Person bekommen, die bestimmt, berechtigt und verpflichtet ist, diese Interessen wahrzunehmen. Nach außen wirkt dieser Einfluß nicht.

Dem Gemeinschuldner gegenüber ist der Konkursverwalter für die Universalexekution das, was „der Gläubiger" der Einzelvollstreckung ist. Wie dieser bei der Pfändung eines Rechts kraft des Überweisungsbeschlusses nach voraufgegangenem oder zu-

meist gleichzeitigem Pfändungsbeschluß einzelne Rechte des Schuldners geltend machen kann, so tritt der Konkursverwalter in die gesamten zur Zeit der Konkurseröffnung vorhandenen, beschlagsfähigen Vermögensrechte des Kridars ein kraft des die Elemente des Pfändungs- und des Überweisungsbeschlusses enthaltenden Eröffnungsbeschlusses.

Soll also eine Definition gegeben sein, so könnte man sagen: Der Konkursverwalter macht die zur Zeit der Konkurseröffnung vorhandene Vermögensrechtslage des Gemeinschuldners kraft eigenen Rechtes im pflichtgemäß wahrzunehmenden Interesse der Gläubiger dieses Gemeinschuldners geltend.

Das Rechtssubjekt des Konkursbeschlagsrechts ist also der Konkursverwalter, nur mit der, wie gezeigt, nicht ganz außergewöhnlichen Besonderheit, daß er es im Interesse anderer auszuüben hat.

Ob man diese Ansicht zu den Amtstheorien zählen will oder zu den Theorien von der Vertretung der Gläubiger — eine direkte Vertretung im Sinne des Gesetzes ist es nicht —, ist wesentlich gleichgültig, jedenfalls ist die Rechtsstellung so präzisiert.

§ 3.

I. Nur geringe Schwierigkeiten bereitet die Gütertrennung. Vollkommen frei ist das Vermögen der Frau gestellt, allen ihren Gläubigern haftet es gleichmäßig.

Allerdings scheint ja die Bestimmung des § 1431 BGB die Möglichkeit verschiedener Gläubigergruppen zuzulassen, denn es sind Dritte denkbar, denen gegenüber aus der Tatsache der Gütertrennung Einwendungen gegen ein „zwischen ihnen und einem der Ehegatten vorgenommenes Rechtsgeschäft oder gegen ein zwischen ihnen ergangenes rechtskräftiges Urteil" hergeleitet werden können und solche, denen gegenüber das nicht möglich ist. Dies macht aber im Konkurs der Frau keine Schwierigkeiten, denn die Folge ist nur, daß die Frau Rechtsgeschäfte und Urteile gegen sich gelten lassen muß, die an sich ihr gegenüber nicht wirksam wären, daß also auch der Konkursmasse gegenüber diese Rechte bestehen bleiben. Hat zum Beispiel, wenn jeder Eintrag im

Güterrechtsregister fehlt, der gutgläubige Dritte also Verwaltungsgemeinschaft annehmen darf, der Mann so verfügt, daß es nach § 1376 BGB wirksam sein würde, so kann der Konkursverwalter den Gegenstand nicht mehr zur Masse ziehen; eine Kündigung oder Mahnung, die nach § 1403 dem Manne gegenüber vorzunehmen wäre und diesem gegenüber vorgenommen ist, muß auch die Konkursmasse gegen sich gelten lassen, was für die Höhe der Konkursforderung (z. B. Verzugzinsen bis zur Eröffnung) von Bedeutung sein kann. U. s. f.

Keinesfalls geht aber der Schutz des § 1435 BGB so weit, daß der Dritte verlangen könnte, allgemein hinsichtlich seiner Befriedigung in die Lage versetzt zu werden, in der er sich befinden würde, wenn der Güterstand vorläge, den er nach dem Register anzunehmen berechtigt war.

Nehmen wir einmal an — was zu beweisen nachher vielleicht mißlingt — beim Konkurse während bestehender Verwaltungsgemeinschaft haben die Vollgläubiger ein Recht, die Konkurrenz der Vorbehaltsgläubiger bei der Befriedigung aus dem eingebrachten Gute auszuschließen, so hat dennoch jemand, der sich nach Ausweis des Güterrechtsregisters für einen Vollgläubiger halten darf, keineswegs ein Recht, anders als die übrigen Gläubiger behandelt zu werden, wenn zur Zeit der Konkurseröffnung tatsächlich Gütertrennung vorliegt. Es ist unbestreitbar, daß § 1435 BGB kein absolut wirkendes Recht auf eine bestimmte Vermögenslagerung gewährt. Das wäre es aber, wenn der Gläubiger beanspruchen könnte, so gestellt zu werden, wie wenn der Güterstand, den er als bestehend ansah, tatsächlich herrsche. Er, der nur annehmen durfte, es herrsche ein anderer Güterstand, kann doch nicht günstiger gestellt werden, als der Gläubiger, der das Rechtsverhältnis tatsächlich unter einem anderen Güterstand begründet hat.

Das folgt nicht so sehr aus der Entstehungsgeschichte des § 1435,[1]) die nun einmal nicht maßgebend ist. Auch die Fassung des ersten Entwurfes (§ 1336 f), nach dem der ändernde Ehe-

1) So OLG Colmar II. 22. März 1905 in Rspr. XI, S. 282.

vertrag als relativ unwirksam anzusehen war,[2]) konnte bei richtigem Erkennen der systematischen Stellung nicht anders ausgelegt werden. Die Eintragung in das Güterrechtsregister kann unmöglich eine Vermögensfestlegung zugunsten bestimmter Gläubiger bedeuten, das würde das ganze Wesen obligatorischer Rechte auf den Kopf stellen. Der persönliche Gläubiger hat durchaus kein Recht darauf, daß die Vermögenslage seines Schuldners so ist, wie er sie sich vielleicht mit sehr guten Gründen vorgestellt hat. Das liegt nicht etwa an der abgeschwächten Wirkung des Güterrechtsregisters, auch ein Gläubiger, der einem Schuldner nur deshalb Kredit gewährt hat, weil dieser im Grundbuch als Eigentümer eines wertvollen Grundstücks eingetragen ist, kann, wenn er kein Pfandrecht erworben hat, ebensowenig etwas dagegen machen, wenn sich herausstellt, daß Schuldner gar nicht Eigentümer ist, wie er eine Veräußerung verhüten kann.[3]) Dem persönlichen Recht steht eben nur die Persönlichkeit des Schuldners als Vermögensträger gegenüber, der Wert des Vermögens ist durchaus veränderlich. Gibt dem Gläubiger die Persönlichkeit nicht Sicherheit genug für die Erhaltung des Vermögens, so muß er eben dingliche Sicherheit suchen, eventuell durch die Mittel der Zwangsvollstreckung.[4]) Weil also persönliche Forderungen, solange aus ihnen noch nicht vollstreckt ist, kein Recht auf Befriedigung aus bestimmten Gegenständen gewähren, kann auch § 1435 BGB ihnen nicht, wenn er sie nicht ihres Charakters berauben will, eine bestimmte Vermögensmasse reservieren, denn Forderungen gegen eine Person beschränken als solche ihre Verfügungsfreiheit

---

2) s. die ausführlichen Darlegungen bei Schmidt Bem. 4 b und c zu § 1435.

3) Eine gewisse Rechtsgarantie einer bestimmten Kapitallagerung hat der Gläubiger nur da, wo das Wesen der schuldnerischen Persönlichkeit auf diesem Kapitel beruht, bei den Kapitalgesellschaften und ähnlichen z. B. durch die Institution des Sperrjahres.

4) Unbillige Härten dieses Grundsatzes mildert Irrtums- und Täuschungsanfechtung, manche besondere Bestimmung z. B. § 419, § 610 § 321 BGB, ganz besonders aber die Gläubigeranfechtung.

nicht. Die Zwangsvollstreckung offenbart stets die wahre Vermögenslage und kann nur auf dieser basieren.[5])

Eine ganz andere Frage ist es, ob der Vertrag, der die Gütertrennung begründet, etwa der Gläubigeranfechtung unterliegt, sie hängt mit der bisher behandelten nur insofern zusammen, als sie ökonomisch eventuell zu den dort abgelehnten Resultaten führen könnte.

Es ist ja durchaus herrschende Ansicht, daß Eheverträge dieser Anfechtung unterliegen können trotz der Streichung des ausdrücklichen Hinweises darauf,[6]) wobei natürlich zu beachten ist, daß die Gläubigeranfechtung keine absolute Vernichtung der anfechtbaren Rechtshandlung nach sich zieht, sondern nur einen obligatorischen Anspruch gewährt, die Benachteilung der Gläubiger, die sie stets voraussetzt, aufzuheben.[7])

Nun wird aber fast durchweg der Ehevertrag, durch den Gütertrennung eingeführt wird, für nicht anfechtbar erklärt, da jede Möglichkeit eines Nachteils für die Gläubiger fehle.[8])

So ganz fehlt ein Nachteil für die Gläubiger der Frau denn aber doch nicht, denn es ist wirtschaftlich durchaus nicht gleichgültig, ob der frühere Vollgläubiger nun aus einem Vermögen Befriedigung suchen muß, das zugleich dem Zugriff der vielleicht zahlreichen Vorbehaltsgläubiger unterliegt, oder ob diese an einen Teil des Vermögens, der seinem Zwangszugriff unterliegt, nicht heran können. Der benachteiligende Moment würde dann allerdings nicht der Abschluß des Ehevertrages als solcher sein,

---

5) Im Resultat, nicht in der Begründung, ist dies auch die herrschende Ansicht. S. Staudinger Bem. 4 g, Schmidt Bem. 4, Planck Bem. 4, sämtlich zu § 1435 u. a.

6) s. Jaeger zu § 32 A. 21.

7) Hier soll die Feststellung des Standpunktes zu diesen Fragen genügen, eine Begründung liegt außerhalb des Rahmens dieser Untersuchung.

8) dem natürlich ist gleichgestellt der Ehevertrag, durch den einzelne Gegenstände des Eingebrachten für Vorbehaltsgut erklärt werden. Zu den Ausführungen s. Jaeger Anf. § 3 Anm. 65 mit reicher Literatur, Planck zu § 1368 A. 2, Ullmann in LZ 1907 S. 205.

sondern der durch ihn ermöglichte Zugriff der Vorbehaltsgläubiger. Das würde die Anfechtung ja aber nicht hindern, denn nicht alle Fälle der Gläubigeranfechtung verlangen, daß die Benachteiligung gerade durch den Abschluß des Vertrages eingetreten ist; dann würde eben der ganze Zuwendungsvorgang das anfechtbare sein.

Die Möglichkeit dieses Nachteils erkennt ja auch z. B. Jaeger[9]) durchaus an, er und andere führen aber als Hauptargument gegen eine Anfechtung ins Feld, es beruhe die für die Vollgläubiger vorhandene ausschließliche Vollstreckungsmöglichkeit ins eingebrachte Gut auf einem Recht des Mannes und nicht auf einem Recht dieser Gläubiger.

Dies Argument ist nicht wirksam. Es handelt sich bei der Gläubigeranfechtung niemals darum, daß Rechte der anfechtenden Gläubiger verletzt sind. Nicht weil sie ein Recht auf Befriedigung gerade aus dem anfechtbar veräußerten Gegenstand haben, können sie anfechten, denn das ist gar nicht der Fall. Die Möglichkeit, daß sich der Gläubiger ohne die anfechtbare Handlung an den nun veräußerten Gegenstand halten konnte, beruhte nur auf dem noch nicht aufgegebenen Recht des Schuldners, nicht auf einem Recht des Gläubigers gerade an diesem Gegenstande. Der Grund, der die Begründung der Gütertrennung unanfechtbar macht, liegt anderswo.

Bei der Konkursanfechtung muß stets gefordert werden, daß die anfechtbare Rechtshandlung kausal ist für eine „objektive Benachteiligung" (Jaeger) der Aktivmasse,[10]) d. h. die Folge der anfechtbaren Rechtshandlung muß stets eine objektive Verringerung der Befriedigungmöglichkeit sein. Das Gläubigerinteresse, das im Konkurse geltend gemacht wird, ist nur dann verletzt, wenn durch die fragliche Rechtshandlung entweder die Aktivmasse verringert

---

9) a. a. O.

10) Wenn Petersen-Kleinfeller zu § 31 Anm. 9 sagt: „wenn durch die anzufechtende Handlung die Masse verringert ist", so ist das zu eng, wenn er damit stets eine Verringerung der Aktivmasse verlangt, es genügt auch eine Vergrößerung der Passivmasse.

oder die Passivmasse vergrößert, also das Verhältnis der beiden Massen in ihrer Gesamtheit zu einander zu ungunsten der Aktivmasse verändert wird. Das ist aber bei der Einführung der Gütertrennung nicht der Fall.

II. Die Gütertrennung legt der Frau die Verpflichtung auf, einen Beitrag zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes zu leisten. (§ 1427 Abs. 2 BGB.) Diese Verpflichtung in ihrer Wirkung für den Konkurs der Ehefrau ist zu erörtern.

Besteht die Beitragspflicht während des Konkurses? Die Bestimmung sagt, der Beitrag soll „angemessen" sein, das soll zweifellos heißen, erstens dem ehelichen Aufwande angemessen, zweitens und vor allem aber auch der finanziellen Leistungsfähigkeit der Frau im Verhältnis zu diesem Aufwande angemessen, er soll weiter nur aus Einkünften und Erträgen geleistet werden. Daraus geht hervor, daß die Frau hinsichtlich des konkursbefangenen Vermögens nicht beitragspflichtig ist, denn dieses bietet ihr ja keine Einkünfte.[11])

Wieweit kann aber eine Konkursforderung aus dieser Beitragspflicht für den Mann entstehen? Es kann sich, was das eben Gesagte ergibt, nur um Beiträge handeln, die der Mann für die vor der Konkurseröffnung liegende Zeit fordern kann, und zwar kann er das nach § 1427 Abs. 2, S. 2 nur insoweit, als Beiträge ungeachtet seiner Aufforderung nicht geleistet sind. Wird die Forderung also bestritten, so hat der Mann erstens die für die Angemessenheit seiner Forderung maßgebenden Tatsachen und zweitens die Aufforderung zu beweisen.

Für die Frage der Anfechtung ist zu beachten, daß die Frau, auch wenn sie unaufgefordert ihre Beiträge zahlt, einer ihr obliegenden Verpflichtung nachkommt, es sich also keineswegs um eine unentgeltliche Zuwendung handelt.[12])

Anders dagegen liegt der Fall, wenn die Frau Beitragsrückstände nachträglich ohne Aufforderung des Mannes geleistet hat.

---

11) so auch z. B. Quaatz S. 31 f.
12) so Wieruszowski S. 342.

Wieruszowski[13]) ist der Meinung, daß hier stets eine unentgeltliche Zuwendung vorliegt, daß also die Möglichkeit der Schenkungsanfechtung gegeben ist. Ich halte diese Ansicht nicht für richtig. Allerdings ist der Anspruch des Mannes erloschen, wenn er nach Eintritt der Fälligkeit nicht auffordert. Darüber läßt der Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung keinen Zweifel, wenn man auch der Ansicht sein könnte, daß es genügt hätte, dem Anspruch die Erzwingbarkeit zu versagen. Daß eine in dieser Richtung wirkende Bestimmung wünschenswert war, wird jeder zugeben, der die Aufgabe der Gesetzgebung nicht darin sieht, den Ehegatten Stoff zu unentwirrbaren Streitigkeiten zu geben, nicht aber kann der Bestimmung die ratio der Motive[14]) untergeschoben werden, die Verhältnisse würden dann wohl so liegen, daß die Frau stillschweigend Einkünfte für den gemeinsamen Haushalt verwendet habe.

Leistet die Frau also unter den angeführten Umständen Beitragsrückstände, so leistet sie zweifellos, ohne zu schulden. Ist es deshalb aber eine unentgeltliche Zuwendung? Diese Frage mit Wieruszowski ohne weiteres bejahen, heißt den Charakter der unentgeltlichen Zuwendung verkennen. Die unentgeltliche Zuwendung setzt außer dem objektiven Moment des Nichtschuldens, denn sonst ist eben die Befreiung von der Schuld das Entgelt, das subjektive Moment voraus, daß sich der Zuwendende dieser Nichtschuld bewußt war. Das eben ist der Unterschied zwischen den Fällen, wo dem Gläubiger bei der Einzelvollstreckung durch Überweisung der Bereicherungsklage zu helfen ist, und denen, in denen er zur Gläubigeranfechtung greifen muß. Leistet nun die Frau „Beitragsrückstände", so liegt bei ihr auch der Wille vor, eine Schuld zu erfüllen, es kann hier nur eine condictio gegeben sein, die ja natürlich der Konkursverwalter geltend machen kann. Dieser gegenüber ist aber der § 814 BGB zu beachten, es wird häufig der Fall gegeben sein, daß die Leistung einer sittlichen

---

13) S. 345.

14) IV. S. 324.

Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach.

Lägen die Verhältnisse, wie sie die Motive voraussetzen, so würde trotzdem die condictio nach Leistung der Rückstände platzgreifen, die „stillschweigenden Verwendungen" aber würden nach § 1429 BGB zu beurteilen sein.

Leistet die Frau einen größeren Beitrag als „angemessen", so ist, das ergibt das eben Dargelegte ohne weiteres, auch hier das zuviel Geleistete durch condictio zurückzufordern, auch hier liegt wegen Mangels des subjektiven Elements eine „unentgeltliche Zuwendung" nicht vor.

Erwähnt sei nur noch, daß die Beitragspflicht der Frau nicht zwingendes Recht ist, also durch Vertrag aufgehoben werden kann.[5]) Wird ein solcher Vertrag nun wieder aufgehoben, so kann das sehr wohl anfechtbar sein, man kann auch hier dies nicht mit dem schon oben abgelehnten Argument abtun, die Gläubiger hätten kein Recht darauf, daß ein solcher Vertrag bestände. Praktisch wird aber zu bedenken sein, daß diese Aufhebung, insbesondere wenn Gläubigerbenachteiligungsabsicht dabei vorliegt, häufig unter Vermögensverhältnissen stattfindet, wo ein Beitrag der Frau nicht mehr angemessen ist, daß man dann also die geleisteten Beträge, wie eben gezeigt, schon mit der Bereicherungsklage zurückholen kann.

III. Sehr häufig wird nun aber der Fall vorliegen, daß das gesamte Vermögen der Frau sich trotz bestehender Gütertrennung in der Verwaltung des Mannes befindet. § 1430 BGB gibt hierzu eine die Einkünfte eines solchen Vermögens betreffende Dispositivvorschrift.

Diese Verwaltung des Mannes wird stets auf einem Auftrag oder doch einem Geschäftsbesorgungsvertrag beruhen, der nach KO § 23 mit der Konkurseröffnung erlischt. Der Konkursverwalter macht dann einfach den Herausgabeanspruch der Gemeinschuldnerin nach den Regeln des 10. Titels des II. Buches des BGB geltend.

---

5) Wieruszowski S. 329, Literatur in Anm. 4.

Hat der Mann nun die Verwaltung nicht ordnungsmäßig geführt, hat er insbesondere nicht die Einkünfte in erster Linie „zur Bestreitung der Kosten der ordnungsmäßigen Verwaltung und zur Erfüllung solcher Verbindlichkeiten der Frau, die bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden", verwendet, so haftet er nach den allgemeinen Regeln auf Schadenersatz. Nur für die Beurteilung des Verschuldens ist zu beachten, daß er gemäß § 1359 BGB nur für culpa in concreto haftet, denn auch dieser Vertrag ist, trotzdem er seinem Wesen nach ganz im Schuldrecht wurzelt, nur auf Grund der Ehe zustande gekommen, die Haftung des Mannes also auch eine Verpflichtung, die sich „aus dem ehelichen Verhältnis" ergibt, wenn die Frau nicht vertragsmäßig die Haftung verschärft hat, was sie, also in unserem Falle der Konkursverwalter, zu beweisen hat.

Soweit ist nun alles klar und wohl auch unbestritten.[6])

Nun enthält aber der § 1430 eine Vorschrift, die die Herausgabeverpflichtung des Mannes gegenüber dem allgemeinen Geschäftsbesorgungsvertrag einengt. Der Mann ist nämlich in dubio befugt, alle Einkünfte des verwalteten Vermögens, soweit ordnungsmäßige Verwaltung nicht eine bestimmte Verwendung verlangt, nach „freiem Ermessen" zu verwenden, insbesondere also auch sie seinem Vermögen zuzuführen, an ihnen Eigentum zu erwerben. Es ist nun aber sehr bestritten, ob der Mann diejenigen dieser Einkünfte, die er vor Beendigung der Auftragsverwaltung bezogen, aber noch „gegenständlich oder nachweislich unverbraucht in Händen hat",[7]) herausgeben muß oder nicht.

Die herrschende Meinung[8]) verneint wohl mit Recht diese Herausgabepflicht als dem freien Ermessen widersprechend, während die Gegenansicht in E I § 1340 Abs. 3, dem Vorbilde des

---

[6]) s. z. B. Jaeger zu § 2 A. 38; Quaatz S. 31.

[7]) so formuliert Cosack S. 572.

[8]) Jaeger a. a. O., Prot. IV. § 5334, RGR zu § 1430 Anm. 6; Planck A. 1 zu § 1430; Staudinger Anm. 3 d zu § 1430 mit reicher weiterer Literatur; M. Wolff S. 217; Wieruszowski S. 506 und Literatur S. 487 Anm. 67 f.

code civil entsprechend, ausdrücklich normiert war. Die Anhänger dieser Ansicht führen insbesondere folgende Argumente ins Feld. Die ratio der Bestimmung lasse die herrschende Meinung als zu weitgehend erscheinen, denn die Bestimmung wolle nur nachträgliche Streitigkeiten der Ehegatten über die Verwendung vermeiden, das aber falle beim Konkurse der Ehefrau weg, daher bestehe die Herausgabepflicht (Quaatz). Es soll ja aber gerade bewiesen werden, daß das Gesetz nicht mehr wollte, daher ist dies kein Argument. Eine noch ärgere petitio principii enthält die Behauptung, die Herausgabepflicht ergebe sich daraus, daß die Frau, also auch der Konkursverwalter, die Verwendung auch der bereits bezogenen Einkünfte jederzeit anders anordnen könne. Würde die Frau die Verwendung der Einkünfte in dieser Weise ändern, so würde sie doch ohne Zustimmung des anderen Teils ein bestehendes Vertragsverhältnis ändern, was den Grundgedanken des Vertragsrechts widerspricht. Wohl kann sie das Vertragsverhältnis jederzeit aufheben, das ergibt § 671, wie sie es aber einseitig ändern, dieser Änderung gar rückwirkende Kraft verleihen kann, bleibt unverständlich, erscheint aber immer noch klar gegen die Vorstellung, daß der Konkursverwalter die Verwendung von Einkünften einer Verwaltung ordnet, die, solange er fungiert, nie bestanden hat.[9])

Salomonski will die Verpflichtung zur Herausgabe aus dem Surrogationsprinzip erklären, Wieruszowski[10]) fertigt diese nicht gerade klar begründete Ansicht so treffend ab, daß darauf verwiesen werden kann.

Wesentlich schwerwiegender sind die Gründe Ullmanns,[11]) die uns gleich an den Kern der Frage heranführen. Ullmann führt aus, der Mann habe die Befugnis, die Einkünfte nach freiem Ermessen zu verwenden, brauche aber von ihr keinen Gebrauch zu machen, „hat er es im Zeitpunkt der Beendigung der Verwaltung nicht getan, so kann er es nicht mehr nachholen,

---

9) dies möge zur Widerlegung der Ausführungen Quaatz' genügen.
10) S. 488 Anm. 70.
11) S. 307.

da er ja nur während der Zeit der Verwaltung das Recht der Verwendung nach freiem Ermessen hat" durch das Ziehen der Einkünfte werde der Mann nicht Eigentümer, die Absicht demnächstiger Verwendung könne aber kein Verwenden im Sinne des § 1430 sein.

Diese Ausführungen lassen sich nur durch Begründung der eigenen Ansicht widerlegen, was Wieruszowski[12]) dagegen anführt, trifft den Kern der Sache nicht. Auch Ullmann wird nicht bestreiten, daß der Mann über das Wie und Wann des Eigentumserwerbs keine Rechnungslegung schuldet, — daß er für den Eigentumserwerb einen Manifestationsakt fordert, ist m. E. falsch, spielt aber für diese Frage gar keine Rolle — auch er wird zugeben, daß die Frau beweisen muß, der Mann habe noch kein Eigentum erworben, und daß dieser Beweis nicht ganz leicht zu führen sein dürfte; das Problem fängt aber erst an, wenn wir annehmen, es sei nachgewiesen, daß der Mann an den noch vorhandenen Einkünften im Moment der Beendigung der Verwaltung kein Eigentum erworben habe. Denn auch Ullmann lehnt die weitergehenden Ansichten (Cosack, Quaatz) ab, daß der Mann alles herausgeben müsse, was er überhaupt an Einkünften in seinen Händen hat, einerlei, ob er Eigentum daran erworben habe oder nicht.

Die Frage ist vielmehr die: kann der Mann auch nach Beendigung der Auftragsverwaltung an den einmal gezogenen Einkünften auf Grund des § 1430 Eigentum erwerben?

Der Mann wird nicht auf Grund seiner Verwaltung Eigentümer der Einkünfte, er muß sie vielmehr während dieser Verwaltung „beziehen". Ein Recht auf dieses „Beziehen", etwa im Sinne des § 101 BGB, hat er nicht, es handelt sich vielmehr um einen rein tatsächlichen Vorgang, der Mann muß ein Gewaltverhältnis zu den Einkünften erlangt haben. Hat er das aber, so ist er zwar damit noch nicht Eigentümer geworden, aber er kann die Einkünfte nun nach freiem Ermessen verwenden, steht ihnen also mit der gleichen Verfügungsmacht wie ein Eigentümer gegenüber.

---

12) S. 492.

Auf diese Verfügungsmacht den einmal bezogenen Einkünften gegenüber hat er nun ein Recht, und dies erlischt — und da liegt der Irrtum Ullmanns — nicht mit der Beendigung der Auftragsverwaltung. Die Einkünfte, über die diese Verfügungsmacht erlangt ist, was allerdings „während der Verwaltung" geschehen sein muß, bleiben ihr auch dauernd unterworfen, der Zeitpunkt der Verwendung nach freiem Ermessen ist gleichgültig. Will der Mann Eigentum daran erwerben, wozu es nur einer Willenserklärung, d. h. eines Verhaltens, das auf den Willen schließen läßt, bedarf, so kann er das auch nach Beendigung der Verwaltung. Für diese Ansicht spricht Wortlaut und ratio des § 1430.

Der Vertrag, den die Frau mit dem Manne schließt, geht eben kraft dispositiver Vorschrift dahin, daß der Mann befugt sein soll, die über einen gewissen Umfang hinaus bezogenen Einkünfte zu verwenden. Daß dieser Vertrag von jedem der beiden Teile, also auch von der Frau jederzeit beendet werden kann, ergibt sich aus § 671 BGB, daß er aber, dazu noch mit rückwirkender Kraft, einseitig soll geändert werden können, spricht jedem juristischen Denken Hohn. § 1430 S. 2 gibt der Ansicht gar keine Stütze, er will nur betonen, daß es sich hier im Gegensatz zu den meisten Bestimmungen des Familienrechts um ius dispositivum handelt. Ob der Mann, wenn die Frau die Verwendung der Einkünfte anders regeln will, also den alten Vertrag aufhebt und ein neues Angebot macht, weiter verwalten, also das Angebot annehmen will, bleibt selbstverständlich seiner rechtlich durch nichts gebundenen Entschließung vorbehalten.

Der Mann braucht also vor der Beendigung des Geschäftsbesorgungsvertrages bezogene Einkünfte deshalb nicht herauszugeben, weil er an ihnen ein Recht zum Verwenden nach freiem Ermessen erlangt hat.[13])

13) Es ist aber auch nicht richtig, dies Recht auf Verwenden einfach mit dem Eigentum zu identifizieren, wie es Wieruszowski tut, denn dazu fehlt der animus dominii. Praktisch wird der Unterschied gegenüber den Gläubigern des Mannes, denn dieses Recht kann, da es höchst persönlich und nicht übertragbar ist, nicht der Pfändung unterliegen, erst wenn das Eigentum tatsächlich erworben ist, ist diese möglich.

Wohl aber ist es an sich möglich, diesen Bezug der Einkünfte anzufechten, denn er stellt sicherlich eine unentgeltliche Zuwendung von seiten der Frau dar. Diese Zuwendung liegt nicht in der einmaligen Vermögensüberlassung zur Verwaltung, da es ja, wie dargelegt, im Belieben der Frau liegt, den Vertrag jederzeit aufzuheben, also nicht etwa die einmal übernommene Verpflichtung die einzelnen Bezüge ihrer Eigenschaft als unentgeltliche Zuwendung beraubt, was für die Frist des § 32 Z. 2 KO sehr wesentlich ist.

Zu bedenken ist jedoch, daß in den meisten Fällen eine Anfechtung zur Zurückerlangung nicht notwendig und daher auch nicht möglich sein wird. Denn der Mann kann ja nur soweit nach freiem Ermessen verwenden, soweit die Einkünfte nicht „zur Erfüllung solcher Verpflichtungen der Frau erforderlich sind, die bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden" (§ 1430 BGB). Hat er also Einkünfte für sich verwendet, die zur Schuldentilgung hätten benutzt werden sollen — das wird bei bald darauf eintretendem Konkurs meist der Fall sein —, so steht ihm gegenüber ja dem Konkursverwalter die Klage auf Schadenersatz aus dem Geschäftsbesorgungsvertrage zu oder doch wenigstens, wenn den Mann ein Verschulden nicht trifft, die Bereicherungsklage. Anfechtung kommt also nur in den Fällen in Betracht, wo die Passivmasse in ihrer die Zahlungsunfähigkeit hervorrufenden Höhe erst verhältnismäßig kurz vor der Konkurseröffnung entstanden ist, so daß der Mann in den letzten zwei Jahren Einkünfte bezogen hat, die auch bei ordnungsmäßiger Verwaltung nicht für Schuldentilgung hätten verwendet werden müssen.

Mit dem Auftrage erlischt natürlich auch das Verwendungsrecht des Mannes, er muß also nach der Konkurseröffnung bezogene Einkünfte herausgeben, verwendete ersetzen. Auch wenn er schuldlos von der Beendigung keine Kenntnis hatte, hat er die Bereicherung herauszugeben, denn § 674 BGB darf nicht auf das Verwendungsrecht bezogen werden. Er soll lediglich denjenigen schützen, der berechtigt war, zu glauben, er handle im Interesse des Auftraggebers und dieser trete für seine Handlungen

ein. Diese Erwägungen treffen aber für die Verwendung der Einkünfte durch den Mann nicht zu, da es ja keine Verwendung im Interesse des Auftraggebers ist.

§ 4.

So erheben sich bei der Gütertrennung wohl Einzelfragen, die in den Besonderheiten dieses Güterstandes ihren Grund finden, aber es gibt keine Probleme, die die Grundlagen des Verfahrens berühren.

Ganz anders bei der Verwaltungsgemeinschaft. Bei ihr zerfällt das Vermögen der Frau in zwei Gütermassen, in das eingebrachte Gut und in das Vorbehaltsgut. Am eingebrachten Gute steht dem Manne Verwaltung und Nutznießung zu, doch bleibt auch es Vermögen der Frau, wie das Vorbehaltsgut, das diesem Rechte des Mannes nicht unterliegt.

Die Schwierigkeiten ergeben sich daraus, daß auch die Gläubiger der Frau in zwei Gruppen zerfallen, nämlich erstens in solche, die sowohl aus dem eingebrachten Gute ohne Rücksicht auf das Recht des Mannes als auch aus dem Vorbehaltsgute, und zweitens in solche, die nur aus dem Vorbehaltsgute Befriedigung verlangen können, in die Voll- und in die Mindergläubiger.[1])

Es erheben sich ohne weiteres die Fragen: welche Teile des Vermögens der Frau gehören zur Konkursmasse, wie stehen diese beiden Gläubigergruppen im Konkurse nebeneinander, wie gestaltet sich das Verfahren.

Man hat nun geglaubt, allen sich ergebenden Schwierigkeiten dadurch begegnen zu können, daß man getrennte Verfahren für die beiden Gütermassen einführen wollte, also Sonderkonkurse.[2])

Zu befriedigenden Resultaten gelangt man aber damit nicht. Nehmen wir ein Sonderkonkursverfahren über das Vorbehalts-

---

1) Diese durch Cosack eingebürgerten Bezeichnungen sind auch in den folgenden Ausführungen verwendet.

2) Hiermit nicht zu verwechseln ist die Bildung von sogenannten Sondermassen innerhalb desselben Verfahrens.

gut an, so wird man den Vollgläubigern nicht verwehren können, ihre Forderungen in diesem Konkurse anzumelden, denn es haftet ihnen ja auch das Vorbehaltsgut. Damit ist aber die Möglichkeit gegeben, die Dividende der Mindergläubiger auf ein Minimum herabzudrücken, obgleich vielleicht das eingebrachte Gut zur Befriedigung der Vollgläubiger voll ausreicht.

Vor allem aber geben die gesetzlichen Bestimmungen überhaupt nicht die Möglichkeit, einen Sonderkonkurs in eine der Gütermassen zuzulassen. Stellt man sich auch auf den Standpunkt der mit Recht herrschenden Meinung, daß ein Sonderkonkurs auch außerhalb der gesetzlich ausdrücklich normierten Fälle möglich ist, so ist er doch selbstverständlich an gewisse Voraussetzungen gebunden, die aus diesen Fällen abzuleiten sind. Es widerspricht nun allen diesen Voraussetzungen, daß über eine Person zwei Sonderkonkurse möglich sein sollen,[3]) die zusammen das gesamte Vermögen der Person ausmachen. Der Sonderkonkurs setzt vielmehr stets voraus, daß das ihm unterliegende Vermögen aus dem allgemeinen Vermögen (§ 212 KO sagt „Privatvermögen") ausgeschieden ist. Wäre nun bei der unter dem Güterstande der Verwaltungsgemeinschaft lebenden Ehefrau ein Sonderkonkurs möglich, so wäre, da ihr Vermögen ja restlos entweder eingebrachtes Gut oder Vorbehaltsgut ist, zu untersuchen, welche von beiden Vermögensmassen nun das „Sondervermögen" ist, über das der Sonderkonkurs eröffnet werden kann.

Das eingebrachte Gut stellt ein solches Sondervermögen sicherlich nicht dar.[4]) Es ist von einem Sondervermögen zu fordern, daß es einer bestimmten Gruppe von Gläubigern vor anderen haftet.[5]) Solange nun das Recht des Mannes besteht, haftet das eingebrachte Gut jedenfalls bei Singularexekution den Vollgläubigern allein, man könnte also diese Voraussetzung als gegeben ansehen. Jedes Sondervermögen aber setzt, wie schon

---

3) Dies nimmt in unserem Falle Fitting S. 42 an.

4) Dies behauptet außer Fitting noch Dieterich S. 78.

5) so auch Jaeger zu § 1 Anm. 64; Kohler, Lehrb. S. 80; W. Endemann S. 37.

gesagt, auch voraus, daß neben ihm eine Vermögensmasse desselben Subjekts besteht, von der es sich absondert. Das ist aber beim eingebrachten Gut nicht der Fall. Es ist prinzipiell identisch mit dem gesamten Vermögen der Frau (§ 1363 BGB),[6]) ausgesondert wird gerade umgekehrt das Vorbehaltsgut. Vor allem muß aber die Haftung des Sondervermögens für eine bestimmte Gläubigerklasse aus seinem gerade ihm im Gegensatz zum allgemeinen Vermögen gegebenen Sonderzweck folgen, d. h. die Gläubiger müssen durch die Verfolgung dieses Sonderzweckes forderungsberechtigt geworden sein. Überall wo wir gesetzlich anerkannte Fälle des Sonderkonkurses finden, tritt dies zu Tage, sehr deutlich zum Beispiel beim Konkurs der offenen Handelsgesellschaft, der ein Sonderkonkurs ist.[7]) Alle Forderungen, die in ihm zum Zuge kommen, sind Gesellschaftsschulden, das heißt, auf Grund der werbenden Tätigkeit des Sondervermögens entstanden. Aber auch beim Nachlaßkonkurs ist es nicht anders, auch hier sind die Forderungen auf Grund des Sondervermögens, des Nachlasses, entstanden. Ganz anders aber ist die Stellung des eingebrachten Gutes zu den Vollschulden. Nicht wie Wieruszowski meint, daß es keine Haftung des eingebrachten ohne Haftung des Vorbehaltsgutes gibt, ist das Entscheidende, denn es gibt auch kraft Gesetzes keine Gesellschaftsschuld, die nicht gleichzeitig Schuld des einzelnen Gesellschafters wäre, sondern daß diese Schulden nicht ihre Entstehung der Sonderstellung des eingebrachten Gutes verdanken, daß vielmehr diese Sonderstellung nur auf dem Rechte eines Dritten beruht, gibt den Ausschlag. Es ist festzuhalten, daß nur der Zusammenhang der gesetzlich anerkannten besonderen Schuldenhaftung mit der wirtschaftlichen Bestimmung der gesonderten Vermögensmasse den Sonderkonkurs rechtfertigt.

Aber auch das Vorbehaltsgut erfüllt die Voraussetzungen nicht. Allerdings handelt es sich hier um eine aus dem allgemeinen Vermögen ausgesonderte Vermögensmasse, ein Umstand, der denn

---

6) so auch Wieruszowski S. 205.

7) allerdings nicht für den, der in ihr eine besondere juristische Person sieht.

auch vielfach veranlaßt hat, daß man hier ohne weiteres die Möglichkeit eines Sonderkonkurses angenommen hat.[8]) Hier fehlt doch aber gänzlich die gesonderte Haftung. Wenn Wieruszowski diese darin sieht, daß dieser Vermögenskomplex für Schulden haftet, für den das übrige Vermögen des Vermögensträgers nicht haftet, so ist das nicht die gesonderte Haltung, die der Sonderkonkurs voraussetzt. Da muß es sich, wie schon betont, um eine Haftung des Sondervermögens für gewisse Forderungen v o r anderen handeln. Das liegt aber beim Vorbehaltsgut nicht vor, Vorbehaltsgläubiger und Vollgläubiger stehen der Vermögensmasse gleichberechtigt gegenüber.

Es kann also bei einem Konkurs der Ehefrau, als solcher, niemals von einem Sonderkonkurse die Rede sein. Es sei gleich hier bemerkt, daß es irreführend ist, wenn Jaeger, der in dieser Frage durchaus auf dem richtigen Standpunkte steht, es einen Sonderkonkurs nennt,[9]) wenn im Konkurs nur Vorbehaltsschulden zum Zuge kommen, weil er daraufhin zu dem Resultat kommt, daß eingebrachtes Gut nicht zur Masse gezogen werden kann. Wenn dies richtig ist, — was noch zu untersuchen sein wird — so liegt, trotzdem dann tatsächlich nur das Vorbehaltsgut die Masse bildet, doch kein Sonderkonkurs über dieses vor, es bleibt vielmehr ein Konkurs über das gesamte Vermögen der Ehefrau, bei dem nur ein großer Teil des Vermögens, eben das eingebrachte Gut, deshalb nicht zur Masse gezogen werden kann, weil absolute Rechte eines Dritten, des Ehemanns, es hindern. Dies alles wird noch zu beweisen sein, es sollte nur schon hier der Begriff des Sonderkonkurses ein für alle Mal aus dem Gesichtskreis dieser Untersuchung gerückt werden.

Der Konkurs der Ehefrau ergreift also durchaus einheitlich ihr gesamtes Vermögen, soweit es zur Konkursmasse gehört, alle gegen sie bestehenden Forderungen kommen in demselben Verfahren zum Zuge. Damit stehen wir ganz auf dem Boden der herrschenden Meinung.[10])

---

[8]) Fitting a. a. O.; Wieruszowski S. 204.

[9]) § 2 Anm. 34.

[10]) s. Jaeger a. a. O. und dort Angeführte.

Jetzt aber ist die Frage zu untersuchen, wieweit das Vermögen der Ehefrau zur Masse gehört, und wie die verschiedenen Befriedigungsmöglichkeiten der Forderungen bei der Singularexekution sich im Konkurse geltend machen.

§ 5.

Die Zweiteilung des Vermögens der Ehefrau und die ganzen schon angedeuteten Schwierigkeiten entstehen durch das eigentümliche Verhältnis, das beim Güterstande der Verwaltungsgemeinschaft der Mann zum Vermögen der Frau gewinnt.

„Das Vermögen der Frau wird durch die Eheschließung der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterworfen (eingebrachtes Gut)" sagt BGB § 1363 und statuiert damit zweifellos ein Recht des Mannes.

Im germanischen — wenigstens im ostfälischen — Recht „nimt" der Mann „in sine gewere al ir (der Frau) gut to rechter vormuntscap",[1]) hieraus machte die gemeinrechtliche Dogmatik einen ususfructus an den Gegenständen des Frauenguts. Im BGB dagegen ist es ein durchaus eigentümliches Recht; zwar hat es hie und da Ähnlichkeit und Verwandtschaft mit dem Nießbrauch sich bewahrt — der erste Entwurf wollte es als Nießbrauch konstruieren — z. B. § 1383, aber es ist doch wieder in wesentlichen Punkten von diesem Institut scharf geschieden.

Es läßt sich seiner ganzen Entstehung nach nicht unter sachenrechtliche Gesichtspunkte ohne weiteres einzwängen, sondern ist ein eigenartiger Komplex von Rechten und Pflichten des Mannes in Hinsicht des Frauengutes, der seinen Ursprung in der Stellung des Mannes zu dem Vermögensträger, der Frau, hat. Dem Recht zur Verwaltung und Nutzung steht auch die Pflicht der ordnungsmäßigen Verwaltung gegenüber, trennbar sind diese einzelnen Ausstrahlungen der Rechtstellung des Mannes nicht.

Für unsere Fragen hier kommt es nun darauf an, das Wesen dieser Rechtstellung Dritten gegenüber festzustellen. Da ist es, das wird von niemanden bestritten, als ein Recht gegenüber

1) Ssp. I, 31 § 2.

jedermann, als ein absolutes Recht anzusehen.[2]) Wie aber kommt dieses absolute Recht den einzelnen Gegenständen gegenüber zum Ausdruck.

Heinsheimer § 2 hat behauptet, es bestehe überhaupt kein Recht des Mannes an den einzelnen Gegenständen des eingebrachten Gutes, seine Gründe sind die, daß es sich um ein familienrechtliches Verhältnis handelt, das auf rein personenrechtlicher Basis stehe. Er verwechselt da vor allem eins: die Quelle, das Entstehen des Rechts und seine Wirkungen.[3]) Wie anders ist denn das Recht des Mannes denkbar, als als Recht an den einzelnen Gegenständen. Kraft welcher Macht anders als kraft seines Rechtes an den einzelnen Gegenständen, an den Rechten des eingebrachten Gutes macht der Mann diese einzelnen Rechte nach § 1380 BGB im eigenen Namen geltend? Eine rein possessorische Klage ist es doch wohl sicherlich nicht, denn der Schutz des Rechtsbesitzes als solchen ist im BGB nicht anerkannt. Auch der Erwerb durch Intestaterbfolge beruht auf rein personenrechtlicher Basis, Heinsheimer wird doch aber nicht bestreiten wollen, daß der Erbe ein Recht an den einzelnen Gegenständen der Erbschaft hat, der einzige Unterschied ist nur, daß eine um einige Jahrtausende ältere Dogmatik die Rechtsnatur dieses Rechtserwerbs sichergestellt hat. Wie will man eine Verfügungsmacht des Mannes anders erklären, als durch die Ausübung eines Rechts des Mannes an den einzelnen Gegenständen? Die Möglichkeit, hierin ein Handeln für die Frau, also eine Art gesetzlicher Vertretung sehen zu wollen, wird doch eben dadurch abgeschnitten, daß der Mann zweifellos kraft eigenen Rechtes handelt. Das Recht des Mannes ist also ein infolge der personenrechtlichen Stellung erlangtes absolutes Recht an den einzelnen Gegenständen des eingebrachten Gutes, die Analogie des Erbschaftserwerbs läßt sich nicht so ganz von der Hand weisen, auch hier liegt eine Universalsukzession vor, nur muß man sich natürlich klar machen,

---

2) Prot. IV S. 125, Mot. IV S. 180 ff., M. Wolff a. a. O. und andere, auch Heinsheimer S. 86.

3) s. hierzu auch Hein S. 88.

daß hier ein beschränkteres Herrschaftsrecht, als es das Eigentum ist, erworben wird, daß der Mann also nicht selbst Vermögensträger wird, da ja der bisherige nicht aufgehoben, sondern nur in seiner personenrechtlichen Stellung geändert wird.

An Sachen ist dieses Recht ein dingliches Recht, ein Recht a n der Sache, denn jedes absolute Recht an Sachen ist ein dingliches Recht. Daß dieses Recht dem Katalog des dritten Buches des BGB fremd ist, beweist nichts dagegen, denn wenn man auch nicht zu Unrecht von einem numerus clausus der sachenrechtlichen Institute spricht, so kann sich dies doch nur darauf beziehen, daß keine Möglichkeit gegeben ist, weitere dingliche Rechte durch R e c h t s g e s c h ä f t zu begründen, nicht aber darauf, daß diese Rechte alle im dritten Buche aufgezählt sein müssen.

Für diese Untersuchung ist also festzuhalten, daß das Recht des Mannes n a c h a u ß e n ein zwar eigenartig gestaltetes Recht an den Gegenständen des eingebrachten Gutes ist, dessen Abweichungen vom Nießbrauch ihre ratio in der personenrechtlichen Natur des Rechts finden, daß es aber, soweit eben nicht diese Abweichungen statuiert sind, durchaus den Regeln über absolute Rechte folgt.

§ 6.

Es darf als unbestritten hingestellt werden, daß — im Gegensatz zum Konkurse des Mannes (§ 1419 BGB) — der Konkurs der Ehefrau das Recht der Verwaltung und Nutznießung des Mannes nicht berührt. Der Neuerwerb der Frau wird wieder, soweit er nicht nach BGB zum Vorbehaltsgut gehört, eingebrachtes Gut.

Eine andere Frage aber ist es — diese Scheidung wird leider in der Literatur nicht klar genug gemacht — wie die Rechte, die der Mann kraft seines personenrechtlichen Rechtes auf Verwaltung und Nutznießung an den einzelnen Gegenständen hat, die zur Zeit der Konkurseröffnung das eingebrachte Gut bilden, sich dem Konkurse gegenüber verhalten.

Da der Konkurs dem Interesse der Gläubiger dient, oben ja der Konkursverwalter sogar als das personifizierte Gläubigerinteresse bezeichnet ist, haben wir zu diesem Problem erst festzu-

stellen, wie sich die Gläubiger der Frau und der Mann hinsichtlich des eingebrachten Gutes gegenüber stehen.

Allerdings ist ja auch abseits von diesem Wege die Lösung gesucht. Man folgert so: nach § 1 KO umfaßt das Konkursverfahren das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners, dies hat der Konkursverwalter nach § 117 KO in Besitz zu nehmen und zu verwalten, damit ist also auch das eingebrachte Gut gemeint, das ja nicht aufgehört hat, Vermögen der Frau zu sein.[1]) Dem steht nun zwar das Verwaltungsrecht des Mannes gegenüber, aber hierfür sucht man sonderbare Argumente, um seine Ohnmacht dieser Rechtsmacht des Konkursverwalters gegenüber nachzuweisen.

Heydemann sagt, es ist schwächer, denn es ist in der KO nicht erwähnt: wie z. B. das Pfandrecht. Diese Beweisführung ist aber mehr als anfechtbar, ein Hinweis auf den Nießbrauch genügt. Auch der ist in der KO nicht genannt, aber selbst Heydemann wird nicht behaupten können, daß er dem Verwaltungsrecht des Konkursverwalters zu weichen habe. Erwähnt und behandelt werden in der KO nur solche absolute Rechte, die auf einer persönlichen Forderung gegen den Gemeinschuldner oder einer Haftung von Gegenständen des Gemeinschuldners für eine Forderung gegen einen Dritten beruhen. Im übrigen vermag der Konkurs als solcher nichts an den einmal erworbenen absoluten Rechten Dritter zu ändern — selbst die Anfechtung ändert an ihnen nichts, denn sie gibt dem Konkursverwalter nur obligatorische Rechte. — Einschränkungen an diesen absoluten Rechten müssen sich also aus ihrer Rechtsnatur ergeben.

Anders versucht es Quaatz[2]). Er führt ein sehr sonderbares Argument für das Erlöschen des Verwaltungsrechts des Mannes an, eine verunglückte Auslegung nach dem Zweck. Er

---

1) Heydemann S. 20 ff., Petersen-Kleinfeller S. 20 f., Quaatz S. 34, 37. Nicht hierher gehören diejenigen, die aus § 1411 BGB einen Vorrang der Gläubiger vor dem Rechte des Mannes behaupten und deshalb das Verwaltungsrecht des Mannes erlöschen lassen, denn sie erörtern doch das Verhältnis zu den Gläubigern.

2) S. 23.

meint nämlich: das Recht des Mannes sei dazu da, ihm „Erträgnisse" aus dem eingebrachten Gute zum ehelichen Aufwande zu liefern, diese Erträgnisse wären aber während des Konkurses nicht da, da die Frau ja zahlungsunfähig sei. Nun gerade, weil der Mann die Erträgnisse uneingeschränkt ziehen darf, ist die Frau vielleicht zahlungsunfähig,[3]) man kann doch nicht, um das Recht wegzuleugnen, gleich seinen Gegenstand, die Erträgnisse aus der Welt schaffen. Es handelt sich auch hier wohl um ein mißverstandenes Argument Petersen-Kleinfellers, das richtig verstanden allerdings auch nicht viel stichhaltiger ist. Dort wird nämlich ausgeführt:[4]) die Nutzungen des eingebrachten Gutes gehörten soweit zur Masse, als sie gemäß § 1411 zur Befriedigung der Gläubiger aus dem eingebrachten Gute verwendet werden müssen — insoweit geht er also auf das Verhältnis des Rechts des Mannes zu dem der Gläubiger ein —. Aber hier liegt, wie sich aus den Folgerungen ergibt, eine falsche Interpretation des § 1411 BGB vor. Allerdings können die Vollgläubiger „ohne Rücksicht auf das Nutzungsrecht des Mannes Befriedigung verlangen", aber daraus kann man nicht herleiten, daß sie nun gar gezogene Nutzungen pfänden können, an denen der Mann nach § 1383 bereits Eigentum erworben hat. Das könnte höchstens durch Geltendmachung der gemäß § 1411 S. 2 prämaturierten Ansprüche der Frau auf ordnungsmäßige Verwaltung geschehen, was aber für uns nicht in Frage kommt.

Es ist auch kein durchschlagendes Argument, wenn Petersen-Kleinfeller das Erlöschen des Rechtes des Mannes damit begründen will, daß er sagt: „sonst könnte der Ehemann gemäß § 1386 (womit er zweifellos § 1376 meint) die Masse der Frau ohne Zustimmung des Konkursverwalters vermindern". Erst muß doch bewiesen werden, daß und wieweit das, was der Mann da vermindern kann, Masse ist. Höchstens spricht es für die Notwendigkeit, eingebrachtes Gut bei Vorhandensein von Vollgläubigern zur Masse ziehen zu können, den Weg aber, auf den das geschehen kann, zeigt es nicht.

---

[3]) s. § 16 der Abhandlung.
[4]) S. 21.

Aus der Konkursordnung und aus dem Recht des Mannes als solchem folgt also für das Konkursverfahren nichts, als daß das Recht des Mannes unangreifbar ist. Das Konkursverfahren kann einen Einfluß auf das Recht des Mannes nur infolge der in ihm zum Zuge gelangenden Gläubigeransprüche gewinnen, es muß also das Recht des Mannes in seinem Verhältnis zu den Gläubigern der Frau erörtert werden.

§ 7.

Diejenigen Gläubiger, deren Interessen auch außerhalb des Konkurses mit dem Rechte des Mannes in Konflikt kommen können, sind die Vollgläubiger, ihre Rechtstellung dem Manne gegenüber ist zu untersuchen.

Die hierfür entscheidende Bestimmung ist der § 1411 BGB, er lautet, soweit er hier von Interesse:

„Die Gläubiger der Frau können ohne Rücksicht auf die Verwaltung und Nutznießung des Mannes Befriedigung aus dem eingebrachten Gute verlangen, soweit sich nicht aus den §§ 1412 bis 1414 ein Anderes ergibt."

Die m. E. nicht genau genug beachtete Fassung der Bestimmung hat nun in Verbindung mit den ihr folgenden Paragraphen vielfach zu folgender Interpretation geführt:

Jeder Gläubiger hat das Recht, aus dem eingebrachten Gute Befriedigung zu verlangen, nur kann in den Ausnahmefällen der Mann „Widerspruch" erheben.[1]) Heydemann[2]) stellt sogar für die Einzelvollstreckung den Satz auf — man ist versucht, zu fragen, ob er den § 739 CPO je gesehen hat — „der Zugriff der Vorbehaltsgläubiger ist auflösend bedingt durch den Widerspruch des Mannes".

Gerade der § 739 der CPO hätte den Vertretern dieser Ansicht sagen müssen, daß das Recht des Mannes stärkere, als diese rein negativen Wirkungen hat. Aber schon § 1411 läßt diese Deutung nicht zu. Er sagt vielmehr gerade das Gegenteil.

---

1) so Kauder S. 14 f.
2) S. 9.

Er gibt klar zu verstehen, daß den Gläubigern der Frau ein Hindernis im Recht des Mannes gegenübersteht, aber, sagt er, gewisse Gläubiger können dies Hindernis überwinden, da sie ohne Rücksicht auf dies Recht Befriedigung verlangen können. Die die Vorbehaltsgläubiger als Ausnahme darstellende Fassung der Bestimmung, aus der ja wohl die bekämpfte Ansicht ihr Institut des männlichen Widerspruches herauskonstruieren will, dient lediglich der Regelung der Beweislast. Gerade der Satz „soweit . . ." beweist, daß schon hier ausgedrückt werden sollte, dies Recht steht aber nicht allen Gläubigern zu. Nur solche Gläubiger, die unter die §§ 1412 ff. nicht fallen, das gibt schon § 1411 zu verstehen, können das an sich allen entgegenstehende Recht des Mannes überwinden, die Beweislast aber, daß ein Gläubiger nicht zu diesen Vollgläubigern gehört, trägt der Mann.

Wie soll denn das Widerspruchsrecht des Mannes prozessual zur Geltung kommen, die CPO läßt ja keinen Zweifel übrig, daß sie in aller Regel erst ein Urteil gegen den Mann zur Vollstreckung in das eingebrachte Gut fordert. Verklagt also nun ein Gläubiger den Mann auf Duldung der Zwangsvollstreckung und aus seiner Klagebegründung geht hervor, daß er ein Vorbehaltsgläubiger ist, dann muß doch wohl, wenn die Gegenansicht sich getreu bleiben will, trotzdem auf Duldung Versäumnisurteil möglich sein, da es sich ja um ein Gegenrecht des Mannes, also um eine Einrede im engeren Sinne handeln soll. Damit wird aber die ganze Klage auf Duldung, deren Existenz doch auch von der Gegenansicht nicht geleugnet werden kann, zu einem legislatorischen Unsinn gestempelt, der der Gesetzgebung nicht zuzutrauen ist, denn warum immer den Apparat einer Klage verlangen, wo gar nicht behauptet wird, daß ein Gegenrecht überhaupt besteht. Wo schriebe sonst die Rechtsordnung vor, daß ihr, ehe sie der Durchsetzung eines Rechtes stattgibt, der Nachweis zu erbringen sei, daß eine vielleicht mögliche Einrede im engeren Sinne nicht erhoben werde.

Die Ansicht ist also nicht haltbar, aber sie hat uns dahin geführt, wo die Untersuchung weiterhin einsetzen muß, wenn sie erfolgreich sein soll. Die Klage auf Duldung der Zwangsvoll-

streckung ist der Ausdruck der Kollision zwischen den Ansprüchen der Vollgläubiger und der Rechtsstellung des Mannes; wir müssen ihr Wesen untersuchen, wenn wir uns Klarheit über das Verhältnis zwischen Gläubiger und Mann verschaffen wollen. Unsere Erörterung lenkt also hier in eine bekannte Streitfrage ein.

§ 8.

Zahlreiche Schriftsteller sind nun mit ganz falscher Fragestellung an das Problem herangegangen. Man hat die Duldungsklage als eine Art Rangstreitigkeit zwischen Mannesrecht und Gläubigerrecht angesehen.[1]) Von diesem Standpunkte ist man denn dazu gekommen, die Duldungsklage als eine Feststellungsklage eben dieses Rangverhältnisses zu betrachten.[2])

Es ist aber gänzlich unzulässig, irgend einen Maßstab zwischen den Rechten der Gläubiger und denen des Mannes zu suchen. Es handelt sich hier gar nicht um die Frage einer Rangstellung der Rechte, denn da beide völlig unvergleichbar sind, ist sie gar nicht denkbar. Wir haben festgestellt, daß der Mann ein absolutes Recht an den einzelnen Gegenständen des eingebrachten Gutes hat, die Gläubiger haben aber überhaupt kein Recht an irgend welchen Vermögensgegenständen ihres Schuldners, solange sie nicht durch Pfandbestellung sich gesichert haben, was hier nicht interessiert, oder die Pfändung erlangt haben. Man kann also auch nicht, wie Geib a. a. O. es tut, sagen, wo das Recht der Gläubiger anfange, höre das Recht des Mannes auf im Sinne eines Nebeneinanderstehens: das Recht des Mannes reiche von Haus aus nicht so weit, daß es mit den Exekutionspfandrechten in Kollision kommen könne, und nur dies stelle die Duldungsklage fest. Diese Exekutionspfandrechte existieren ja noch gar nicht.

Das eingebrachte Gut ist doch in seiner ganzen Ausdehnung der Nutzverwaltung des Mannes unterworfen; was geschieht nun,

---

1) Kauder S. 14, Rohs in JW 1906 S. 593, Petersen-Kleinfeller S. 21.

2) Geib (besonders S. 323 f.), Staudinger zu § 1411 mit reicher Literatur.

wenn später eine Vollverbindlichkeit begründet wird? Welche Teile des eingebrachten Gutes werden denn da von dem Rechte des Mannes frei? Könnte man diese Teile überhaupt konkretisieren, so wäre ihre Natur sehr interessant. Der Vollgläubiger hat doch noch kein Recht daran erlangt, denn das erlangt er ja erst durch Pfändung, Vorbehaltsgut der Frau ist es auch nicht, denn es ist ja der Teil des eingebrachten Gutes, der dem Gläubiger haftet, aber eingebrachtes kann es auch nicht sein, da ja dessen Kriterium nach § 1363 BGB gerade ist, daß das Recht des Mannes daran besteht, das hier ja nicht „so weit reicht". Die notwendige Folgerung dieser Ansicht wäre also ein absurder circulus. Der Feststellungsklage steht ferner noch entgegen, daß es gänzlich unverständlich wäre, warum denn die Frau, wenn sie über eingebrachtes Gut zur Befriedigung der Gläubiger von Vollforderungen verfügen will, der Zustimmung des Mannes bedarf, dessen Recht ja insoweit gar nicht bestehen soll. Auf die prozessualen Bedenken, die der Feststellungsklage entgegenstehen, ist so vielfach hingewiesen, daß es hier nicht erforderlich ist.

Aber auch die Ansicht, die Duldungsklage sei eine Rechtsgestaltungsklage, die das konstitutive Urteil auf Beseitigung des Rechts des Mannes bezwecke, ist eine nur wenig glücklichere Lösung. Mit der Rechtskraft des Urteils soll das Recht des Mannes, soweit es der Befriedigung des klagenden Vollgläubigers entgegensteht, aufgehoben sein.[3])

Auch hier erhebt sich die Frage, an welchen Gegenständen besteht nun das Recht des Mannes noch, an welchen nicht, auch hier tritt der gezeigte circulus ein, nur ist er auf die Zeit zwischen Urteil und Vollstreckung beschränkt. Nehmen wir einmal an — dies gilt in gleicher Weise für die Feststellungsklage — es sei bei Einzelvollstreckung gerade nur so viel eingebrachtes Gut vorhanden, wie zur Befriedigung des klagenden Vollgläubigers erforderlich ist, dieser habe ein rechtskräftiges Urteil in der Hand, ehe er aber vollstrecken läßt, verfügt der Mann in nach § 1376 BGB wirksamer Weise. Die bekämpften Ansichten müßten

3) so fast wörtlich Landau S. 464.

dann zu dem m. E. ihre Unrichtigkeit genügend erweisenden Resultat kommen, daß diese Verfügung nicht etwa nur der Gläubigeranfechtung unterliege, sondern sogar den Gläubigern gegenüber unwirksam sei. Denn da hier das ganze eingebrachte Gut zur Befriedigung erforderlich war, hatte an diesem ja das Recht des Mannes nicht oder doch nicht mehr dem Gläubiger gegenüber bestanden.

Es bleibt also wohl kaum etwas anderes übrig, als die Duldungsklage als eine Leistungsklage anzusehen. Die beanspruchte Leistung ist die Duldung der Zwangsvollstreckung, die Frage ist nur, was das für eine Leistung ist. Sehr bequem, aber deshalb doch nicht haltbar ist die von Jolly[4]) vertretene Ansicht. Nach seiner Meinung ist die Duldungsklage nur der von den Gläubigern geltend gemachte Herausgabeanspruch der Frau. Diesen könne zwar die Frau nicht geltend machen, solange die Verwaltungsgemeinschaft bestehe, aber zu gunsten der Gläubiger sei dieser Anspruch nach § 1411 BGB S. 2 prämaturiert.

Schon die dann ja ganz unerklärliche, von Jolly zugegebene Überflüssigkeit der Bestimmung des § 739 CPO läßt an der Richtigkeit dieser Ansicht zweifeln. Ihre Unhaltbarkeit[5]) erweist aber ein Blick auf die systematische Stellung des § 1411 BGB. Dieser sagt, daß die Gläubiger nicht in der Geltendmachung der Ansprüche der Frau wie diese selbst nach § 1394 BGB beschränkt sind. Dieser Hinweis auf § 1394 ergibt klar, was für Ansprüche damit gemeint sind, denn diese sind in den der angezogenen Bestimmung vorangehenden Paragraphen festgesetzt. Der Anspruch auf Herausgabe steht der Frau überhaupt nicht „auf Grund der Verwaltung und Nutznießung" (§ 1394) zu, sondern entsteht erst in dem Moment, wo die Verwaltung und Nutznießung durch konstitutives Urteil oder ipso jure aufgehoben wird. Da dieser Anspruch während des Bestehens des Rechtes des Mannes also überhaupt nicht existiert, kann er auch keinen Beschränkungen unterliegen, können aber diese auch nicht zu gunsten der Gläubiger der Frau fortfallen.

---

4) passim.

5) s. auch die treffenden Gegenargumente Ullmanns S. 234 f.

Auch die Hellwig-Steinsche Ansicht,[6]) der Mann hafte auch für die Schulden der Frau, aber nur beschränkt auf das eingebrachte Gut, kann nicht als richtig anerkannt werden. Entweder man trennt Schuld und Haftung vollkommen säuberlich von einander, dann muß man bei der „Haftung" heute, wo wir eine Schuldknechtschaft nicht mehr kennen, jede Rechtspersönlichkeit überhaupt aus dem Spiele lassen, oder man scheidet nicht scharf, dann ist es eine logische Unmöglichkeit, daß jemand mit einem fremden Vermögen haftet. Es kann wohl jemand für fremde Schuld, aber nie mit fremden Gegenständen haften.

So haben wir die Hauptrichtungen mit ihren Fehlern kennen gelernt, es kann hier nicht, wo die Duldungsklage nur ein Hilfsproblem ist, erschöpfend jede Schattierung abgewandelt werden, vielmehr soll nun nur noch die m. E. richtige Ansicht dargelegt werden.

§ 9.

Man ist bei der Interpretation der §§ 739 ff CPO in den Fehler verfallen, möchte man fast sagen, sie zu wichtig zu nehmen, das soll heißen, man hat hier der Tendenz gehuldigt, aus reinen Verfahrensvorschriften die materiellen Folgerungen zu ziehen. Es ist vor allem nicht genügend beachtet, daß die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung, von der man doch immer handelt, gar nicht durch § 739 CPO gegeben wird, sondern in ihm vorausgesetzt wird. Denn die Bestimmung spricht von der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut, die nur stattfinden kann, wenn neben dem Titel gegen die Frau auch noch der Titel gegen den Mann auf Duldung errungen ist. Was dieser Titel voraussetzt, davon sagt die Vorschrift nichts. Das muß eben das materielle Recht ergeben, in ihm muß dieser Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung begründet sein. Daß § 739 CPO zuerst als § 1314 des ersten Entwurfes im BGB stehen sollte, dann aber von der zweiten Kommission wegen

---

6) Hellwig, Anf. S. 324, Gaupp-Stein zu § 739 B. I. und II, 1.

lediglich prozessualen Inhalts in die CPO verwiesen wurde,[1]) hätte doch zu mehr Bedenken Anlaß geben können, zumal man doch sonst geneigt ist, den Materialien zu folgen.

Wo ist nun der Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung gegeben? doch nur im BGB § 1411. „Die Gläubiger können ohne Rücksicht auf die Verwaltung und Nutznießung des Mannes Befriedigung aus dem eingebrachten Gute verlangen." Dies Verlangen kann nur Sinn haben, wenn es gegen jemanden gerichtet ist, denn daß es sich hier um ein absolutes Recht der Gläubiger gegenüber jedermann handelt, wird niemand behaupten wollen. Gegen wen soll nun dies Verlangen gerichtet sein? Es kann nur der Mann gemeint sein,[2]) denn die Frau schuldet wie jeder Schuldner Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten, es ist selbstverständlich, daß sie die nicht gerade aus einem bestimmten Teil ihres Vermögens leisten muß.

Es darf nun aber die Vorschrift nicht so aufgefaßt werden, als ob der Mann den Gläubigern gegenüber zu einem Tun, zu einer Verwaltungshandlung der Befriedigung verpflichtet wäre, seine Verwaltungspflicht besteht nur gegenüber der Frau, nichts deutet daraufhin, daß sie auch von den Gläubigern der Frau ohne weiteres geltend gemacht werden könnte. Man wende nicht ein, daß § 1388 BGB hiergegen spreche, er gibt nur den Gläubigern gewisser Forderungen einen Ersatz dafür, daß ihnen ihr naturgemäßes Haftobjekt durch die Nutznießung des Mannes entzogen wird.

Die Verpflichtung des Mannes, die er den Vollgläubigern der Frau gegenüber hat, ist die, daß er verpflichtet ist, eine Pfändung in das eingebrachte Gut so zu dulden, als habe er keine Rechte an den zu pfändenden Gegenständen, daß er also sein Recht zurücktreten läßt.

Es scheint also ein Anspruch auf Unterlassung zu sein, der Mann ist verpflichtet, sein an sich an den Gegenständen bestehendes Recht nicht geltend zu machen, soweit es zur Befriedi-

---

1) Prot. IV. S. 183.

2) so auch Walsmann S. 6.

gung der Vollgläubiger erforderlich ist. Es leuchtet hier schon ein, daß dieses Zurücktretenlassen seine Grenze aus § 803 CPO findet. Man wird nun einwenden, wenn es sich um einen Anspruch auf Unterlassung handele, dann sei er nach § 890 CPO zu vollstrecken.

Nein! Gerade das ist das Charakteristische aller Ansprüche auf Duldung der Zwangsvollstreckung. Es ist das ein rein prozessualer Begriff, der die verschiedenartigsten Ansprüche umfaßt, teils dingliche, teils obligatorische. Das ihnen Gemeinsame ist nur die Art ihrer Vollstreckung,[3]) die in der zu duldenden Zwangsvollstreckung selbst liegt, es wird hier, wenn ich mir die Terminologie aus einem Rechtsgebiete leihen darf, das der Vollstreckung verwandter ist, als im allgemeinen zugestanden wird, nicht die „Exekutivstrafe", sondern der „unmittelbare Zwang" angewendet.[4]).

Das ist das Wesen der Duldungsklage. § 739 CPO schreibt nur noch einmal formal vor, daß im allgemeinen erst ein Urteil gegen den Mann vorliegen müsse, um diesen „unmittelbaren Zwang" zulässig zu machen. Pfändet man eingebrachtes Gut ohne diesen Titel — was wegen § 750 CPO nur möglich sein dürfte, wenn es sich im Besitze der Frau befindet — so kann der Mann nach § 771 CPO intervenieren. Es kann ihm dann nicht einwendungsweise entgegengehalten werden, er sei verpflichtet, die Zwangsvollstreckung zu dulden, denn diese Verpflichtung beseitigt sein „die Veräußerung hinderndes Recht" (§ 771 CPO) nicht, sondern verpflichtet ihn nur, es nicht geltend zu machen. Der pfändende Gläubiger hat also ein selbständiges positives Recht, kraft dessen er nur durch Widerklage auf Duldung der Zwangsvollstreckung die Interventionsklage des Mannes bekämpfen kann. Der Fall liegt rechtlich genau so, wie etwa folgender: A ist verpflichtet dem B die Sache x zu übertragen, z. B. aus Kauf. B bekommt x durch einen Dieb, der sie A gestohlen hat, meinetwegen gutgläubig. Gegen die Eigen-

3) Heins sonst vorzügliche Abhandlung verkennt diesen Punkt auch.
4) Fleiner Verwaltungsrecht, 2. Aufl., § 13.

tumsklage des A kann er dann auch nicht einwendungsweise geltend machen: „aber du bist ja zur Übertragung verpflichtet", sondern würde auch hier auf den Weg der Widerklage zu weisen sein.

Dieser Anspruch der Vollgläubiger gegen den Mann ist vollkommen accessorisch ihrem Anspruch gegen die Frau. Er setzt das Bestehen des letzteren, seine rechtskräftige Feststellung setzt er nicht voraus, sie ist ihm gegenüber auch nicht notwendigerweise maßgebend. Da aber die Vollstreckung des Anspruches gegen den Mann gleichzeitig eine Vollstreckung gegen die Frau ist, müssen beide Titel vorliegen.

Die eigentliche Bedeutung des § 739 CPO ist nur im Zusammenhang mit den ihm folgenden Vorschriften und den Vollstreckungsgrundsätzen der CPO richtig zu ermessen.

Ein Anspruch muß möglichst unzweifelhaft sein, wenn aus ihm vollstreckt werden soll, darum fordert man meist ein rechtskräftiges Urteil. Dessen bedarf es aber da nicht, wo der Anspruch aller Wahrscheinlichkeit nach besteht, in unserem Falle also, wenn die Forderung schon vor dem Eintritt des Güterstandes rechtshängig geworden ist. Dann soll eben das Vollstreckungsgericht den Anspruch als nachgewiesen ansehen (§ 742 CPO). Hiergegen steht dem Manne nun nicht die Vollstreckungsinterventionsklage zu, denn er behauptet nicht, daß sein Recht die Vollstreckung hindere, sondern er behauptet mehr, nämlich daß die Verbindlichkeit, die da gleichzeitig mit der Forderung gegen die Frau gegen ihn vollstreckt werden soll, die Duldungsverpflichtung, überhaupt nicht bestehe, er macht also eine Vollstreckungsgegenklage geltend. So denn auch folgerichtig und daher ein Argument für die Richtigkeit unserer Darlegung: § 768 CPO.

Stutzig machen könnte nur § 741. Nicht daß hier die Vollstreckung das Recht des Mannes ignoriert, ist das Sonderbare. Damit kehrt sie nur zu ihrem Wesen zurück. Befindet sich nämlich eingebrachtes Gut im Besitze des Mannes, so kann trotz § 741 nicht in dieses vollstreckt werden, denn die Vorschrift des § 750 CPO wird dadurch nicht aufgehoben. Könnten hierüber Zweifel herrschen, so muß § 750 II sie zerstreuen, denn der

Grundgedanke des Vollstreckungsverfahrens würde denn doch zum mindesten fordern, daß das Urteil des § 741 CPO dem Manne zugestellt wird. Es ist also § 741 nur für den Fall praktisch, wo eingebrachtes Gut sich im Besitz der Frau befindet. Hier wird aber, wie bei anderen Rechten stets, wie nach § 739 CPO beim Rechte des Mannes wegen seiner Notorität nur ausnahmsweise nicht, keine Rücksicht auf das Recht des Dritten, hier des Mannes, genommen, auch da nicht, wo man es kennt, weil er ja meist doch zur Duldung verpflichtet sein wird.

Das Absonderliche liegt nur darin, daß der Mann gegen diese Vollstreckung gegen sich auf Grund eines vermutlich bestehenden Anspruchs nicht eine Vollstreckungsgegenklage, sondern nach § 774 CPO eine Interventionsklage hat.

Diese Besonderheit erklärt sich aber leicht, wenn man den § 774 genauer untersucht. Er begründet eine Interventionsklage des Mannes, wenn das Urteil diesem gegenüber „nicht wirksam" ist. Es ist in der Tat nicht richtig, die Klage aus § 774 entgegen ihren Wortlaut mit § 768 CPO auf eine Stufe stellen zu wollen, also sie als Vollstreckungsgegenklage zu behandeln,[5]) denn hier behauptet der Mann nicht, der Anspruch auf Duldung besteht nicht. — Er kann sehr wohl bestehen trotz Unwirksamkeit des Urteils, nämlich bei allen Vollschulden, die nicht mit dem Erwerbsgeschäft zusammenhängen — er behauptet vielmehr, dieses Urteil ist nicht der Titel, aus dem diese mir ja möglicherweise obliegende Verbindlichkeit vollstreckt werden kann, ihm gegenüber bin ich „Dritter", habe also die Interventionsklage. Liegt nun trotz Unwirksamkeit des Urteils die Duldungsverpflichtung vor, so muß der Gläubiger die Widerklage erheben, auch hier reicht einwendungsweises Geltendmachen nicht aus. Daß dies „ödester Formalismus"[6]) ist, vermag ich nicht recht einzusehen, denn das Wesen beider Ansprüche ist, wie gezeigt, ganz verschieden; der eine ist Intervention gegen eine bestimmte

---

5) so Langheineken, Urteilsspruch S. 185; R. Schmidt Lehrbuch S. 1016, Nr. 1.

6) so Seuffert CPO § 774 Bem. 3 c.

Vollstreckungshandlung, der andere geht auf Duldung der Zwangsvollstreckung überhaupt in einem gewissen Umfange. Der Mann macht geltend: dieses Urteil wirkt nicht gegen mich und daher ist diese Pfändung, als meinem Rechte widerstreitend, unzulässig. Dagegen soll der Gläubiger einwendungsweise geltend machen können: du mußt aber doch abgewiesen werden, denn ich habe einen Anspruch auf Duldung gegen dich und wenn ich den rechtskräftig durchgeführt hätte, hätte ich doch vollstrecken können?

M. E. sind weitere Darlegungen nicht erforderlich.

Das Resultat unserer Ausführungen ist jedenfalls:

Gewisse Gläubiger — die Vollgläubiger — der Frau erwerben durch die Tatsache des Bestehens des Nutzverwaltungsrechts des Mannes einen ihrem Anspruch gegen die Frau accessorischen Anspruch gegen den Mann, der diesen verpflichtet, sein an den Gegenständen des eingebrachten Gutes bestehendes Recht den Vollstreckungshandlungen dieser Gläubiger gegenüber nicht geltend zu machen, d. h. die Zwangsvollstreckung zu dulden. Die Vollstreckung dieses Anspruchs ist eben die zu duldende Zwangsvollstreckung selbst.

§ 10.

Wir scheinen weit von unserem Thema abgekommen, aber wir scheinen es nur. Die erste Erkenntnis, die der Gang der Untersuchung ergibt, ist die, daß durch die Konkurseröffnung als solche auch nicht auf Grund der Rechte der Gläubiger eingebrachtes Gut zur Masse gezogen werden kann. Denn das Konkursverfahren ist auch eine Vollstreckung, der Vollstreckungstitel ist der Beschluß der Konkurseröffnung, aber ein Titel eben nur gegen den Gemeinschuldner. Denn dem Manne gegenüber ändert sich die Rechtslage durch die Konkurseröffnung gar nicht. Es ist nicht zu begründen, wenn z. B. Heydemann[1]) behauptet: „ist schon im Konkurs gegen die Frau kein Titel erforderlich, wird man erst recht keinen Titel gegen den Mann verlangen dürfen".

[1]) S. 35.

Der Vordersatz gibt erstens keinen Grund für das „erst recht" des Nachsatzes und beruht zweitens auf einer Verkennung des Konkurses. Eben der Eröffnungsbeschluß ist gleichzeitig der Vollstreckungstitel dieser Universalexekution.

Wir können die Stellung des Rechtes des Mannes zum Konkurse nicht besser charakterisieren, als wenn wir uns der Worte Ullmanns[2]) bedienen:

„Das Recht des Mannes auf Verwaltung und Nutznießung wird durch den Konkurs . . . nur insoweit berührt, als es überhaupt durch die Geltendmachung einer Forderung (sc. gegen die Frau), für die aus dem eingebrachten Gute Befriedigung verlangt werden kann, alteriert wird." D. h. aber, das ergeben die Ausführungen des vorigen Paragraphen, überhaupt nicht, denn berührt wird ja das Recht des Mannes erst durch die Vollstreckung des Duldungsanspruchs.[3])

Wie steht nun aber das Recht des Mannes der Konkursmasse gegenüber? Es ist oben als ein dingliches Recht an den Gegenständen des eingebrachten Gutes gekennzeichnet, ein dingliches Recht, das zum Besitz berechtigt. Ist daher eingebrachtes Gut zur Masse gezogen, so steht dem Manne ein Aussonderungsrecht zu. Das wird vielfach bestritten. Naturgemäß von denen, die das Recht des Mannes ohne weiteres dem des Konkursverwalters weichen lassen, sie haben wir aber schon oben zu widerlegen versucht. Aber auch andere, die das vorhandene eingebrachte Gut nicht ohne weiteres zur Masse ziehen wollen, erklären sich gegen ein Aussonderungsrecht des Mannes. Er mache nur „Nichtzugehörigkeit zur Masse" oder „unzulässige Ausdehnung des Verfahrens" (Ullmann)[4]) geltend. Das könne nicht Aussonderung sein, denn diese betreffe nur „dem Gemeinschuldner nicht

---

2) S. 244.

3) so auch die Praxis, s. RG IV, 4. April 1910 in RGE 73, S. 238 = LZ 1910 S. 559 ff.

4) wörtlich ebenso wie Ullmann S. 253 Dieterich S. 93, ferner Hellmann S. 169, Quaatz S. 37, Kauder S. 76.

gehörige Gegenstände", das eingebrachte Gut sei aber nach wie vor Eigentum der Frau.

Dagegen ist aber zu erwägen, daß § 43 KO in unverkennbarer Parallele zu § 771 CPO steht,[5]) daß er dem Dritten, der ein Recht an einem Gegenstande hat, das die Verwertung dieses Gegenstandes hindert, die Möglichkeit geben will, den Gegenstand aus der Masse zu ziehen. So häufig auch mit dem Ausdruck „gehören" das Eigentumsverhältnis bezeichnet wird, hier ist diese enge Interpretation nicht am Platze. Hier heißt „gehörige Gegenstände" soviel wie: Gegenstände, über die er zu verfügen vermag.

So darf man es wohl als herrschende Meinung bezeichnen, daß der § 43 KO extensiv zu interpretieren ist. Auch dem Nießbraucher hat man das Aussonderungsrecht zugestanden, ebenso muß man es auch dem zugestehen, der ja in dem Recht an den einzelnen Gegenständen ihm durchaus ähnlich dasteht. Es kann aber auch eigentlich letzten Endes gleichgültig bleiben, ob man den Anspruch des Mannes, die Gegenstände aus der Masse zu ziehen, auf § 43 KO stützt, wie m. E. richtig, oder ob man eine besondere Klage wegen „Nichtzugehörigkeit zur Masse" glaubt nötig zu haben. Etwas als nicht zur Masse gehörig aus der Masse beanspruchen und die Aussonderung aus der Masse beanspruchen, ist völlig synonym und jede Geltendmachung der Nichtzugehörigkeit zur Masse ist eben Aussonderung.

§ 10 a.

Sicherlich falsch aber ist es auf Grund dieses Aussonderungsrechtes die Möglichkeit zu konstruieren, eingebrachtes Gut zur Masse zu ziehen, ich meine jene Ansicht, die etwa so folgert:

Das Recht des Mannes auf Aussonderung geht soweit, als er nicht Zwangsvollstreckung zu dulden hat (Planck zu § 1411).

Hier wird dem Begriff der Aussonderung unzulässig Gewalt angetan. Das Institut dient dazu, Gegenstände, die sich in der

---

[5]) so auch Jaeger zu § 43 Anm. 6, RGE 35, 79, Planck zu § 1411.

Istmasse befinden, aber nicht zur Sollmasse gehören, aus der Istmasse herauszuziehen, es greift nur insoweit Platz, als sich ein Gegenstand tatsächlich bei der Masse befindet. Eine erheblichere Menge von Gegenständen des eingebrachten Gutes wird nun häufig nicht bei der Masse sein, da es ja nach § 1373 BGB im Besitze des Mannes sein wird. Planck will doch aber sagen: alles eingebrachte Gut gehört zur Masse, nur kann der Mann, soweit er nicht duldungspflichtig ist „aussondern", wir dagegen haben festgestellt, daß das eingebrachte Gut an sich ganz und gar nicht zur Masse gehört. Wenn dies Plancksche „Aussondern" sich Charakter und Dogmatik des § 43 KO leihen möchte, so muß klar werden, daß das zu Unrecht geschieht. Die sonderbaren Nebenwirkungen, die Planck hinsichtlich der Verteilung diesem Aussonderungsrecht noch zusetzt, lassen deutlich erkennen, daß hier eine Ansicht unter falscher Flagge segelt. Re vera läuft sie nämlich auf die schon oben bekämpfte Ansicht hinaus, daß das ganze Recht des Mannes sich den Gläubigern gegenüber auf ein Widerspruchsrecht beschränke.

§ 11.

Die Konkurseröffnung als solche, das dürfte wohl jetzt genügend festgestellt sein, gibt nicht die Möglichkeit, eingebrachtes Gut zur Masse zu ziehen, im Gegenteil, der Mann kann es, soweit es zur Masse gezogen ist, „aussondern".

Aber die Vollgläubiger können auch eine Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut während der Dauer des Konkurses nicht mehr bewirken. Das ergibt § 14 KO ohne weiteres. Denn wenn auch das Recht des Mannes an dem eingebrachten Gute besteht, so ist es doch auch noch immer Vermögen der Ehefrau, also des Gemeinschuldners, und jede Vollstreckung in dasselbe würde also eine Vollstreckung in das Vermögen des Gemeinschuldners bedeuten, wobei gar nicht entschieden zu werden braucht, wie dies Vermögen zur Masse steht. Dies ist auch der Standpunkt der herrschenden Meinung.

Ist also eine Vollstreckung des Duldungsanspruches des Vollgläubigers nicht möglich, weil er stets gleichzeitig eine Vollstreckung in das Vermögen des Gemeinschuldners bedeuten würde, so könnte man doch wohl der Meinung sein, daß der Durchführung der Duldungsklage nichts im Wege stände. Es könnte ja z. B. das Resultat unserer Untersuchung das sein, daß die Vollgläubiger ein rechtskräftiges Urteil nach § 739 CPO dem Konkursverwalter nachweisen müßten, damit dieser dann insoweit eingebrachtes Gut zur Masse ziehen könne.[1])

Allerdings ist es nun möglich, das wird wohl nirgends bestritten, wenn kein Konkursverfahren schwebt, die Duldungsklage durchzuführen, ehe man und ohne daß man die Klage gegen die Frau wegen desselben Anspruchs erhebt, trotzdem ist aber während des Konkursverfahrens gegen die Ehefrau die Duldungsklage gegen den Mann betrieben durch den einzelnen Vollgläubiger nicht zulässig.

Das liegt in der Accessorität der Verpflichtung des Mannes zu der der Frau begründet. Die Klage geht, wie wir festgestellt haben „auf Duldung der Zwangsvollstreckung", darunter ist aber in der CPO zweifellos nur die Singularexekution zu verstehen. Diese aber ist, wie wir soeben gesehen haben, während des Konkurses nicht zulässig. Die Klage kann also nicht durchgeführt werden, da sie auf eine rechtlich unmögliche Leistung geht, denn man kann keine Zwangsvollstreckung dulden, die gar nicht durchführbar ist. Man wende nicht ein, daß diese Zwangsvollstreckung doch zweifellos nach Beendigung des Konkursverfahrens wieder möglich sei. Wäre die Klage so zu deuten, so würde das eine Klage auf künftige Leistung sein, die — §§ 257 f CPO kommen schon gar nicht in Betracht — nur unter den Voraussetzungen des § 259 CPO möglich wäre. Diese aber sind bei der Duldungsklage ganz undenkbar, denn da sie durch den „unmittelbaren Zwang" vollstreckt wird, ist ein „sich entziehen" unmöglich.

---

[1]) ähnlich scheint Kauder S. 44 sich das Verfahren zu denken.

§ 12.

Es muß nun aber zweifellos möglich sein, eingebrachtes Gut zur Masse zu ziehen. Das ist notwendig im Interesse der Vorbehaltsgläubiger, aber auch im Interesse der Vollgläubiger.

Da diesen ja die Befriedigung aus dem eingebrachten Gut, wie eben ausgeführt ist, während des Konkurses nicht möglich ist, müßten sie sich mit der Dividende des Vorbehaltsguts begnügen, inzwischen aber möglicherweise machtlos zusehen, wie der Mann das eingebrachte Gut schmälert. Noch nachteiliger aber wäre die Lage der Vorbehaltsgläubiger. Sie müßten die Konkurrenz der Vollgläubiger bei der Befriedigung aus dem Vorbehaltsgute in vollem Maße ertragen, was ihren Ausfall beträchtlich vergrößern kann, würden doch aber nach Beendigung des Verfahrens bei Neuerwerb immer nur wieder auf den in das Vorbehaltsgut fallenden angewiesen sein.

Man[1]) hat nun vielfach unterscheiden wollen, ob das eingebrachte Gut rectius der Bestand des eingebrachten Gutes zur Zeit der Konkurseröffnung durch Vollschulden erschöpft wird oder nicht.

Wenn Jaeger meint, im ersten Falle „cessiere" das Recht des Mannes, so widerspricht das ja dem schon festgestellten Grundsatze, daß weder durch das Bestehen von Vollschulden als solches, noch durch die Konkurseröffnung das Recht des Manes alteriert wird. Darum kann auch nicht von einem § 1421 BGB analogen Herausgabeanspruch die Rede sein.

Es kann für unsere Frage überhaupt gar keinen Unterschied machen, ob das eingebrachte Gut durch die Vollschulden erschöpft wird oder nicht. Wir haben erkannt, daß nur eine Verpflichtung des Mannes gewissen Gläubigern gegenüber besteht, sein Recht nicht geltend zu machen. Es kann sich also ihm gegenüber immer nur darum handeln, daß er in mehr oder minder großem Umfange verpflichtet ist, die Zwangsvollstreckung in das

1) insbesondere Jaeger zu § 2 Anm. 33, Ullmann S. 242 ff., auch das Reichsgericht scheint dieser Unterscheidung Gewicht beizulegen (IV. 4. April 1910 in LZ 1910 S. 559 ff.).

eingebrachte Gut zu dulden. Irgendwelcher Zusammenhang mit der Höhe der Vollschulden und ihrem Verhältnis zum Bestand des eingebrachten Gutes besteht überhaupt nicht. Der Anspruch der Vollgläubiger gegen den Mann besteht, selbst wenn der Wert des eingebrachten Gutes gleich Null ist. Die Höhe der Vollschulden ist dem Manne gegenüber nur insofern von Bedeutung, weil nach ihr gemäß § 803 CPO das Maß zu bestimmen ist, in dessen Höhe er die Zwangsvollstreckung zu dulden hat.

Wenn also auch die Vollschulden das eingebrachte Gut erschöpfen, so ist doch noch kein Grund vorhanden, daß der Konkursverwalter ipso jure das Recht auf Verwaltung des eingebrachten Gutes erhalte, auf dieses Recht gestützt, also Herausgabe verlangen könne.

Die Frage bleibt nach allen Erörterungen die, kann der Konkursverwalter die den Ansprüchen der Vollgläubiger accessorischen Ansprüche gegen den Mann geltend machen und vollstrecken lassen.

An sich wird man wohl behaupten dürfen, daß ebenso wie für die Singularexekution aus § 1411 BGB die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung, also der Singularexekution, folgt, auch aus § 1411 folgt, daß der Mann die Universalexekution zu dulden hat.[2]) Der Klageantrag hätte also zu lauten auf Duldung der konkursmäßigen Vollstreckung. Dem Manne gegenüber würde diese ihrer rechtlichen Natur nach natürlich Singularexekution bleiben.

Wer aber ist aktiv legitimiert in dieser Klage? Es scheint viel dagegen zu sprechen, dem Konkursverwalter dies Recht zuzugestehen. Der Konkursverwalter, das wendet man immer wieder dagegen ein, kann nicht die Rechte nur einer Gläubigergruppe oder einzelner Gläubiger geltend machen. Dies scheint fest zu stehen, als Argument führt man immer zwei Reichsgerichtsentscheidun-

---

[2]) so auch Jaeger a. a. O., RG IV. 4. April 1910 in RGE 73 S. 238, um so verwunderlicher, daß beide zu einem „Herausgabeanspruch" kommen.

gen an.[3]) Abgesehen davon, daß man über die Durchschlagskraft dieser Argumentation verschiedener Ansicht sein kann, beweisen aber beide für unseren Fall nichts. In beiden Fällen handelt es sich nämlich um hamburger eheliches Güterrecht, in dem der Mann als persönlicher Gesamtschuldner für die Schulden der Frau haftet. Es soll selbstverständlich nie behauptet werden, daß der Konkursverwalter, das wäre etwa ein analoger Fall, gegen die Bürgen einzelner Konkursgläubiger vorgehen oder, um einen unserem Thema näherliegenden Fall zu nehmen, als Konkursverwalter des Frauenvermögens die Ansprüche des § 1388 BGB gegen den Mann geltend machen kann.

Hier handelt es sich um ganz etwas anderes. Der Konkursverwalter ist, wie dargelegt ist, der Repräsentant des Gläubigerinteresses dem Vermögen des Gemeinschuldners gegenüber. Er kann allerdings an sich nicht die Interessen einzelner, ja nicht einmal aller Gläubiger Dritten und deren Vermögen gegenüber geltend machen, aber die Klage auf Duldung der Vollstreckung gegen den Mann erstrebt ja auch nur Vollstreckung in Vermögensbestandteile der Frau, also des Gemeinschuldners. Sie greift allerdings in die Vermögenssphäre des Mannes ein, aber nicht indem sie Rechte desselben im Interesse der Gläubiger verwenden will, sondern indem sie ein der Vollstreckung in Vermögensgegenstände der Frau entgegenstehendes Recht unschädlich machen will. Sie ist dem Rechte des Gläubigers, überhaupt aus dem Vermögen der Frau Befriedigung zu erlangen, m. a. W. seiner Forderung gegen die Frau derartig accessorisch, daß sie auch der Einschränkung unterliegt, nicht mehr durch ihn, den einzelnen Gläubiger geltend gemacht werden zu können, wie er ja auch einen Anspruch gegen den Gemeinschuldner nur noch im Wege des Konkursverfahrens geltend machen kann. Aus dieser Accessorität heraus erklärt sich nun die Legitimation des Konkursverwalters zur Geltendmachung des Anspruchs auf Duldung der konkursmäßigen Vollstreckung.

---

3) RG IV. 2. Juli 1900 und IV. 19. März 1900 in JW 1900 S. 393.

Die Masse wird gebildet durch das Vermögen der Frau, jede Vollstreckung in das Vermögen der Frau wird während des Konkursverfahrens durch den Konkursverwalter getätigt, der insoweit die Rechte der Gläubiger in sich vereint. Die Duldungspflicht des Mannes ist nun aber, wie festgestellt, eine Legalobligation den Vollgläubigern gegenüber, um ihnen die Vollstreckung auch in diesen Teil des Frauenvermögens zu ermöglichen. Wer also berufen ist, die Vollstreckungsinteressen der Gläubiger überhaupt, also auch der Vollgläubiger am Vermögen der Frau wahrzunehmen, ist auch berufen, diesen Duldungsanspruch geltend zu machen. Daß nicht allen Gläubigern das Recht zusteht, aus dem eingebrachten Gute Befriedigung zu verlangen, hindert diese Legitimation des Konkursverwalters durchaus nicht,[4]) es genügt, daß es ein Recht von Konkursgläubigern, und daß es zur Vollstreckung in das Vermögen des Gemeinschuldners erforderlich ist, daß es aber ferner auch dem Zwecke des Konkursverfahrens, eine möglichst weitgehende Befriedigung der Konkursgläubiger mit der der materiellen Rechtslage entsprechenden Verlustverteilung zu erzielen, nicht widerspricht. Diese Voraussetzungen sind aber erfüllt.

Der Konkursverwalter hat also die Klage auf Duldung der konkursmäßigen Vollstreckung zu erheben. In dieser Klage hat er nur Behauptungs- und Beweislast, daß in der Höhe, in der er Duldung der Vollstreckung beansprucht, Forderungen gegen die Frau bestehen, der Mann dagegen hat zu behaupten und zu beweisen, daß auf Grund dieser Forderungen Befriedigung aus dem eingebrachten Gute nicht verlangt werden kann.

Zu erörtern ist nur noch die Wirkung der Rechtskraft. Das Reichsgericht,[5]) das ja allerdings von einem „Herausgabeanspruch" spricht, hat sich auf den Standpunkt gestellt, die durchgeführte Klage aus § 739 CPO des einzelnen Vollgläubigers

---

4) so auch Hein S. 5 f., doch trifft seine Begründung den Verteilungsmodus, aber nicht die behauptete Aktivlegitimation des Konkursverwalters.

5) RGE 73 a. a. O.

wirke Rechtskraft für den Konkursverwalter. Dem ist auch von unserem Standpunkte, der im praktischen Resultat, d. h. wenn man von der Terminologie absieht, nicht sehr verschieden von dem des Reichsgerichts ist, durchaus beizustimmen, wenn man die materielle Rechtskraft meint.

Die Duldungsklage des einzelnen Vollgläubigers hat rechtskräftig festgestellt, daß der Mann insoweit die Zwangsvollstreckung zu dulden hat. Soweit nun aber Singularexekution geduldet werden muß, muß auch die konkursmäßige Vollstreckung geduldet werden, denn seiner Natur nach ist diese, wie schon betont, dem Manne gegenüber durchaus dasselbe. Der Konkursverwalter ist hinsichtlich dieses Anspruchs Rechtsnachfolger des einzelnen Vollgläubigers. Es ist aber nicht möglich, dem Konkursverwalter vollstreckbare Ausfertigung nach § 727 CPO zu erteilen, es kann hier überhaupt nur von materieller, nicht von formeller Rechtskraft die Rede sein, d. h. praktisch: im Prozeß des Konkursverwalters gegen den Mann kann nicht mehr streitig werden, daß der Mann in Höhe der durchgeführten Duldungsklage auch konkursmäßige Vollstreckung zu dulden hat.

Formell ist die Rechtskraft deshalb nicht möglich, weil an sich der Anspruch des Konkursverwalters auf Duldung der konkursmäßigen Vollstreckung ein einheitlicher ist, der ihm, „dem Gläubiger" der Universalexekution zusteht, weil aber auch dieser Anspruch nur auf Duldung der Vollstreckung in das zur Zeit der Konkurseröffnung vorhandene eingebrachte Gut geht, denn nur soweit reicht der Titel, den die Konkurseröffnung dem Konkursverwalter dem Vermögen der Frau gegenüber gibt, und der zur Vollstreckung in das eingebrachte Gut neben dem gegen den Mann ja stets notwendig ist.

Diese Tatsache ist auch der Grund, weswegen die vom Konkursverwalter durchgeführte Duldungsklage nicht etwa für die einzelnen Vollgläubiger Rechtskraft wirkt, weswegen sie ihnen also auch nach Beendigung des Verfahrens keinen vollstreckbaren Titel gibt. Nur die Entscheidung, nicht aber ihre Gründe erwachsen zur Rechtskraft. Die Entscheidung aber lautet: der

Mann hat zu dulden, daß aus dem zur Zeit der Konkurseröffnung vorhandenen eingebrachten Gute im Wege der Zwangsvollstreckung Gegenstände, soweit sie zur Befriedigung der Vollforderungen in Höhe von . . . Mark und zur Deckung der Kosten — welcher Kosten wird noch zu erörtern sein — erforderlich sind, zur Masse dieses bestimmten Konkursverfahrens gezogen werden.

§ 12 a.

Es ist noch die Frage aufzuwerfen, ob der Konkurs der Erwerbsfrau — wohl der häufigste Fall der Praxis — eine von den vorstehenden Ausführungen abweichende Behandlung verlangt.

Diese Frage ist m. E. zu verneinen, nachdem wir erkannt haben, daß die Unterscheidung, ob die Vollschulden den Bestand des eingebrachten Gutes erschöpfen oder nicht — das erstere wird hier wohl zumeist der Fall sein —, wesentlich wertlos ist. Das materielle Recht zeigt ja nur, daß im Falle des Erwerbsgeschäfts eine tatsächliche oder doch unwiderlegbar vermutete generelle Zustimmung des Mannes zu Rechtsgeschäften vorliegen kann, daß also Forderungen Vollschulden sind, die es sonst nicht sein würden.

Auch § 741 CPO ändert daran nichts. Erstens sind die Verfahrensvorschriften der Zwangsvollstreckung, und mehr ist diese Bestimmung nicht, auf das Konkursverfahren nicht anwendbar, da sie von dem Gedanken ausgehen, daß der Titel gegen die Frau zur Singularexekution berechtigt, zweitens aber ist ja schon oben dargelegt, daß selbst dann auch § 741 CPO nicht ausreicht, wenn der Mann das eingebrachte Gut im Besitz hat, und daß der Klage aus § 774 CPO nur durch Widerklage begegnet werden kann.

Es steht im Konkurse nicht anders, denn dem Manne gegenüber ist ja die konkursmäßige Vollstreckung, wie schon mehrfach betont, Singularexekution. Aber deshalb kann man aus dem Konkurseröffnungsbeschluß nicht nach § 741 CPO vollstrecken, denn dieser ist ja kein gegen die Frau ergangenes Urteil.

Also muß auch beim Konkurs der Erwerbsfrau der Konkursverwalter auf Duldung klagen, ist auch auf die Widerklage angewiesen, wenn der Mann eingebrachtes Gut aussondern will.

§ 13.

Nachdem also nun festgestellt ist, wie eingebrachtes Gut zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger zur Masse gezogen werden kann, bleibt es noch übrig, die Grundsätze der Verteilung zu untersuchen. Erst nachdem hier ein fester Standpunkt gewonnen ist, ist das Prüfungsverfahren zu erörtern, da sein Verlauf wesentlich davon abhängen muß, wie die Gläubiger untereinander bei der Verteilung gestellt sind.

Erwähnt sei hier vorab die Ansicht Schröders,[1]) der anscheinend allerdings eingebrachtes Gut überhaupt nicht zur Masse ziehen will, sondern es nur in Rechnung stellt. Er verteilt dann rechnerisch das gesamte Vermögen auf alle Gläubiger gleichmäßig, läßt den auf das Vorbehaltsgut entfallenen Prozentsatz verteilen und gibt dann für den Rest jedem Gläubiger einen vollstreckbaren Titel, den die Vollgläubiger sofort ins eingebrachte Gut vollstrecken lassen können, die Mindergläubiger dagegen erst nach Beendigung der Verwaltung und der Nutznießung des Mannes. Diese ja recht interessante Regelung, die aber der Stellung der Vollgläubiger nicht ganz gerecht wird und in ihrer praktischen Durchführung manche Hindernisse überwinden müßte, findet nirgends im Gesetz eine Stütze, auch Schröder begründet sie nicht.

Als ein Weg der Lösung stände sie daher erst dann zur Debatte, wenn feststände, daß das Gesetz überhaupt keine Lösung böte, es sich also um die Ausfüllung einer „echten Lücke" im Zitelmannschen Sinne handelt.

Das aber scheint schon nach den bisherigen Resultaten der Untersuchung ausgeschlossen, es wird daher auch weiterhin erst

---

1) S. 39.

zu untersuchen sein, ob nicht die bestehenden gesetzlichen Bestimmungen einen Weg weisen.

Die meisten Schriftsteller stellen an die Spitze dieser Untersuchung den Satz:

Die Vollgläubiger haben den Vorbehaltsgläubigern gegenüber kein Recht, aus dem eingebrachten Gute vor diesen befriedigt zu werden, denn die Tatsache, daß das eingebrachte Gut den Vorbehaltsgläubigern bei der Singularexekution nicht offen steht, beruht auf dem Rechte des Mannes, nicht auf einem Rechte der Vollgläubiger.[2])

Dieser Gedankengang ist unwiderlegbar richtig, streiten kann man sich nur über seinen Wert für die uns hier beschäftigende Frage. Doch ehe wir es unternehmen, in diese Untersuchung näher einzutreten — der Satz entstammt den Protokollen[3]) — sind die Folgerungen zu betrachten, zu denen er Veranlassung gegeben hat.

In fester Konsequenz läßt Jaeger,[4]) nachdem er das eingebrachte Gut zur Masse gezogen hat, diese Masse gleichmäßig ohne jede Berücksichtigung des Unterschiedes von Voll- und Vorbehaltsgläubigern unter die Gläubiger verteilen.

Fitting billigt seine Ausführungen durch Verweisung, F. Endemann gelangt zu demselben Resultate.[5])

Schon die offenbare Unbilligkeit des Resultats läßt erkennen, daß diese Ansicht unmöglich dem Willen des Gesetzes entsprechen kann. Was allerdings Hellmann[6]) gegen die Jaegersche Ansicht anführt, richtet sich mehr in treffender Weise gegen die Zufallsresultate, die die Unterscheidung, ob die Vollschulden das eingebrachte Gut erschöpfen oder nicht, bewirkt, denn nur zusammen

---

2) Planck zu § 1411 Anm. 10, Quaatz S. 38, Ullmann S. 254, Heydemann S. 46, Kauder S. 15, RGR bei § 1086 (wo die Sachlage ähnlich) besonders aber Jaeger zu § 2 Anm. 33 ff.

3) VI. S. 768.

4) zu § 2 Anm. 34.

5) Fitting a. a. O., F. Endemann II, 2, S. 384.

6) S. 153 Anm. 2.

mit dieser Unterscheidung vermag die hier zur Debatte stehende Ansicht zu den starken Unterschieden der Befriedigung bei ganz kleinen Verschiebungen des Verhältnisses der Passiven zu den Aktiven zu führen, die Hellmann zeigt. Aber auch wenn wir von dieser Unterscheidung absehen, — für die Begründung Endemanns kommt sie nicht in Frage — zeitigt die Ansicht unbrauchbare Resultate.

Die unabweisbare Folge ist nämlich die: deckt das eingebrachte Gut die Vollschulden einigermaßen, so haben die Vollgläubiger ein Interesse daran, das Verfahren hintan zu halten und sich dem einmal eröffneten nicht anzuschließen, da sie die Hoffnung auf eine viel ausreichendere Befriedigung im Wege der Singularexekution haben, ohne Unterstützung durch die Vollgläubiger wird es aber dem Konkursverwalter nur im geringen Maße — auch bei dem hier als richtig festgestellten Verfahren — gelingen, eingebrachtes Gut zur Masse zu ziehen.[7]) Auch ist regelrecht, wenn sich die Vollgläubiger beteiligen, der Mann sehr benachteiligt. Denn der Ausfall der Vollgläubiger wird durch die Konkurrenz der Mindergläubiger vergrößert, es bleibt also von jeder Forderung ein größerer Teil unerfüllt, als es dem Werte der zur Masse gezogenen Gegenstände des eingebrachten Gutes entspricht. Trotzdem wird man diesen Ausfall seiner Natur als Vollforderung nicht entkleiden können, so daß der Mann nach Beendigung des Verfahrens noch einmal Ansprüche der Vollgläubiger auf Duldung für Teile von Forderungen zu gewärtigen hat, obwohl die Werte dafür dem eingebrachten Gute schon einmal entzogen sind.

Wie Fitting diese Ansicht mit seiner vortrefflichen Definition: „Zweck des Konkursverfahrens ist, den zur Zeit der Eröffnung vorhandenen Gläubigern des Gemeinschuldners aus seinem damals vorhandenen Aktivvermögen die einem jeden gerechterweise gebührende Befriedigung zu verschaffen“[8]) vereinigen kann, ist schwer begreiflich.

---

7) s. auch Hein S. 6.

8) S. 154.

So darf man denn diese Ansicht mit der herrschenden Meinung ablehnen und als herrschend die Tendenz bezeichnen, das eingebrachte Gut möglichst für die Befriedigung der Vollgläubiger zu reservieren. Sehr dunkel sind aber die Wege, auf denen man dieses Ziel zu erreichen sucht.

Für Knitschky[9]) z. B. ist es „selbstverständlich", daß das eingebrachte Gut allein zur Befriedigung der Gläubiger zu verwenden ist, denen es auch außerhalb des Konkurses haftet. Es so zu verteilen, ist „Amtspflicht" des Konkursverwalters. Mit dieser „Amtspflicht" argumentiert auch Quaatz.[10]) Man scheint gar nicht zu bemerken, daß das keine Lösung bedeutet. Worauf soll denn diese „Amtspflicht" beruhen, sie muß doch wohl aus der materiellen Rechtslage begründet werden. Es scheint damit gesagt werden zu sollen, daß die Vollgläubiger, also die, denen gegenüber die Amtspflicht besteht, kein Recht und also auch keine Mittel haben, auf ihre Erfüllung hinzuwirken. Würde dann den Vollgläubigern Schaden erwachsen, weil der Konkursverwalter nicht richtig verteilte, so würden sie auf die Forderung gegen ihn aus § 82 KO angewiesen sein, wobei es leicht vorkommen kann, da ja die Vollgläubiger ein Mittel im Verfahren nicht haben, ihre besondere Stellung — ihre Rechte darf ich ja nicht sagen — feststellen zu lassen, daß ein Verschulden des Konkursverwalters nicht vorliegt. Noch ungünstiger ist die Lage des Mannes. Ihm gegenüber kommt nämlich noch in Betracht, daß er „Beteiligter", wie noch darzulegen sein wird, nicht ist, also aus § 82 keine Rechte herleiten kann, er müßte also seine Schadenersatzansprüche nach den allgemeinen Regeln über unerlaubte Handlungen begründen, was nicht gerade leicht sein dürfte.

Ohne eingehende Begründung sind auch viele andere Schriftsteller der Ansicht, daß das eingebrachte Gut zur Befriedi-

---

9) S. 161.
10) S. 47.

gung der Vollgläubiger zu verwenden ist, es seien nur genannt: Seuffert,[11]) Schmidt,[12]) Dernburg.[13])

Kohler[14]) gibt den Vollgläubigern ein „uneigentliches Absonderungsrecht", wobei „uneigentlich" schon ergibt, daß eine Lösung der Frage nicht gegeben wird, durch die Bezeichnung als „Absonderungsrecht", dagegen die herrschende Unklarheit nur verstärkt wird.

Aber alle diese Äußerungen geben uns die Überzeugung, daß es das richtige Ziel ist, wenn wir die Begründung dafür suchen, daß die Vollgläubiger vor den Vorbehaltsgläubigern zu befriedigen sind. Erst wenn nach sorgfältiger Untersuchung die Erkenntnis zur Gewißheit geworden sein sollte, daß dies Resultat sich nicht rechtfertigen läßt, dürfen wir uns bei der Jaegerschen Ansicht beruhigen, dürfen dann aber auch behaupten, daß hier eine völlig unzulängliche und unbefriedigende Gesetzgebungsleistung vorliegt.

Versuchen wir also erst die Wege derer zu gehen, die zu dem gesuchten Resultat mit Begründung kommen.

Es darf wohl als herrschende Meinung angesprochen werden, daß es nur in den Willen des Mannes gelegt ist, die Verteilung zu beeinflussen, da eben ein Recht der Vollgläubiger den Vorbehaltsgläubigern gegenüber nicht existiere.[15])

Wie dieses sonderbare „Widerspruchsrecht" geartet sein soll, darüber sind freilich — soweit man die Frage überhaupt erörtert — die Ansichten sehr verschieden. Planck will es, wie schon oben angedeutet, aus dem Aussonderungsrecht des Mannes folgern, was sich aber dadurch erledigt, daß wir bereits festgestellt haben, daß Aussonderung stets Entfernung der betreffenden Gegenstände aus der Masse erstrebt, niemals aber eine andere Gruppierung der Massegegenstände hinsichtlich der Verteilung.

---

11) S. 88 .
12) zu § 1411 Bem. 9 c.
13) S. 161.
14) Leitf. S. 112.
15) Planck, Ullmann, Quaatz, Heydemann, Kauder u. a.

Andere geben einen besonders gearteten Anspruch gegen den Konkursverwalter, der im Wege des ordentlichen Prozesses durchzuführen ist, wobei man aber verschweigt, wie er zu erzwingen ist (Quaatz). Bei Heydemann ist es gar eine Feststellungsklage, die der Mann zu erheben hat, dabei wird doch Leistung, nämlich eine bestimmte Art der Verteilung erstrebt. Wieder andere denken sich das Widerspruchsrecht des Mannes gar als einen Widerspruch im Sinne des Prüfungsverfahrens des Konkurses (so Ullmann).

Soweit diese Ansichten davon ausgehen, daß das ganze Recht des Mannes sich überhaupt nur in diesem Widerspruchsrecht den Gläubigern gegenüber auswirke, haben wir sie oben bereits zu widerlegen gesucht. Immerhin bleibt jedoch noch zu untersuchen, ob nicht zwar das Hinzuziehen von eingebrachtem Gute zur Masse so, wie es hier festgestellt ist, zu geschehen hat, aber doch die Verwendung dieser Gegenstände zur Befriedigung der Vorbehaltsgläubiger nur durch ein „Widerspruchsrecht" des Mannes zu verhindern ist.

Wer aber bis hierher zustimmend den Darlegungen dieser Untersuchung gefolgt ist, muß zugeben, daß dieses Widerspruchsrecht gar keinen Wert hat. Gegen die Forderungen sowohl hinsichtlich des Bestandes, wie hinsichtlich ihrer Qualität als Vollforderungen Einwendungen zu machen, gibt dem Manne das ordentliche Prozeßverfahren der Duldungsklage Gelegenheit zur Genüge. Er ist also geschützt und hat kaum ein Interesse daran, noch auf die Verteilung einwirken zu können. Schon aus diesem Grunde verfehlt diese Konstruktion für uns ihren Zweck, in praxi eine gerechte Verteilung der Masse herbeizuführen.

Aber auch aus dem Gesetz ist das Widerspruchsrecht, wenn wir die Anschauung abgelehnt haben, daß sich überhaupt das Recht des Mannes nur darin erschöpfe, in keiner Weise zu begründen. Auf welchem Rechtsverhältnis soll denn der Anspruch gegen den Konkursverwalter beruhen? Für einen Widerspruch des Mannes im Prüfungsverfahren gar ist da überhaupt kein Raum, denn dies Verfahren dient lediglich dazu, die Interessen-

verteilung innerhalb der Interessengemeinschaft der Gläubiger festzustellen und, wenn der Gemeinschuldner nicht widerspricht, diesen Interessen dauernde Befriedigungsmöglichkeit aus dem Schuldnervermögen zu sichern, „Dritte", und für das Konkursverfahren ist der Mann „Dritter", können nicht daran teilnehmen. Die möglichen Widerspruchsrechte des Prüfungsverfahrens, ihre Subjekte und Wirkungen zählt die KO unverkennbar vollständig auf.

Als Argument dafür, daß der Verteilungsmodus allein vom Willen des Mannes abhänge, hat man insbesondere immer angeführt, es sei doch dem Manne jederzeit möglich, durch Zustimmung oder durch Anerkennung der Klage aus § 739 CPO einen Vorbehaltsgläubiger zum Vollgläubiger zu machen. Es ist zuzugeben, daß der Mann das im allgemeinen kann. Hat er es vor der Konkurseröffnung getan, so wird allerdings der Kreis der Vollgläubiger erweitert, das besagt aber für die Grundsätze der Verteilung nichts.

Nach der Konkurseröffnung ist aber ein Anerkenntnis des Klageanspruchs aus § 739 CPO gar nicht mehr möglich, da diese ja nicht mehr durchgeführt werden kann. Nur durch Genehmigung des Mannes kann also eine Vorbehaltsschuld jetzt noch Vollschuld werden. Diese nachträgliche Genehmigung hat nun aber auf das Konkursverfahren gar keine Einwirkung. Denn zur Zeit der Konkurseröffnung bestand ja die Verpflichtung des Mannes, wegen dieser Forderung die Vollstreckung in das eingebrachte Gut zu dulden, noch gar nicht, im Konkursverfahren kommen aber nur solche Gläubigeransprüche zum Zuge, die zur Zeit der Konkurseröffnung begründet sind. Werden die nachträglich verstärkt, sind sie insoweit doch zu dieser Zeit nicht begründet gewesen, dieses kann daher auch im Verfahren nicht berücksichtigt werden, der Konkursverwalter ist auch nicht legitimiert, dies Interesse gegenüber dem Vermögen der Frau geltend zu machen.

Gänzlich abwegig ist aber das Argument, der Mann könne ja auch durch Verzicht auf sein Recht am eingebrachten Gute den

Vorbehaltsgläubigern diese Vermögensteile zugänglich machen. Einen solchen einseitigen Verzicht des Mannes auf das Recht der Verwaltung und Nutznießung auch nur an einzelnen Gegenständen, wie ihn z. B. Jaeger voraussetzt, gibt es überhaupt nicht. Ein argumentum a contrario liefert schon § 1662 BGB, klar müssen das aber folgende Erwägungen ergeben. Das Vermögen der Frau ist entweder eingebrachtes Gut oder Vorbehaltsgut, tertium non datur. Durch den Verzicht müßte doch also der Gegenstand aus dem eingebrachten ausscheiden, also Vorbehaltsgut werden, denn es ist ja gerade das Wesen des eingebrachten, daß an ihm das Recht des Mannes besteht. Der Kreis der zum Vorbehaltsgut gehörigen Gegenstände aber ist durch §§ 1365 bis 1370 erschöpfend festgelegt. Danach können Gegenstände des eingebrachten Gutes nur dadurch zu solchen des Vorbehaltsgutes werden, daß sie durch Ehevertrag dafür erklärt werden. Solange also ein Gegenstand überhaupt im Eigentume der Frau steht, soll heißen, nicht durch wirksame Verfügung des Mannes überhaupt ihrem Vermögen entzogen wird, bleibt er auch, wenn ein solcher Vertrag nicht geschlossen, was natürlich während des Konkurses nach § 7 KO auf diesen keine Wirkungen äußern würde, eingebrachtes Gut, also den Mindergläubigern entzogen.

So ist denn auch die Konstruktion des männlichen Widerspruchs, die doch auch recht gezwungen ist und sich mit dem wenig befriedigenden Resultat begnügt, die Vollgläubiger auf Gnade und Ungnade dem Manne auszuliefern, nicht zu halten.

Untersuchen wir daher doch einmal den Satz, von dem alle diese Konstruktionen ausgingen: kein Vollgläubiger hat den Vorbehaltsgläubigern gegenüber ein Recht, vor diesen aus dem eingebrachten Gute befriedigt zu werden.

Der Satz ist allerdings unangreifbar, aber er sagt auch nichts. Sein wahrer Inhalt ist: der Vollgläubiger ist auch als solcher nur ein persönlicher Gläubiger, was nicht gerade als bahnbrechende Entdeckung angesprochen werden kann. Jeder persönliche Gläubiger hat nämlich nur einer Person, dem Schuldner, gegenüber

den Anspruch, daß seine Forderung erfüllt werde, niemals aber den anderen Gläubigern dieses Schuldners. Daß für diese Erfüllung ihm bestimmte Vermögensteile so zur Befriedigung reserviert werden, daß er jeden anderen davon ausschließen kann, kann ein persönlicher Gläubiger als solcher überhaupt nicht verlangen. Kein Gläubiger kann außerhalb des Konkurses verhindern, daß sogar gar nicht bestehende Forderungen — sit venia verbo — erfüllt werden.

Ein Recht anderen, Dritten gegenüber ist eben stets ein absolutes Recht, ein dinglich wirkendes. Es kommt für den persönlichen Gläubiger alles darauf an, welche Gegenstände in dem Augenblick, wo sich seinem persönlichen Anspruch das dingliche Recht gesellt, also im Augenblick der Vollstreckung, dieser Vollstreckungsmacht zugänglich sind. Bei der Einzelvollstreckung kann es an seiner Energie liegen, daß er ein Recht am Gegenstand vor anderen bekommt. Dies fällt beim Konkurs fort. Hier liegt es allein daran, daß im Moment des Beschlags ein gewisser Kreis der Vermögensgegenstände der Vollstreckung für gewisse Forderungen nicht unterliegt. Die Vermögenslage im Moment der Konkurseröffnung entscheidet, eben weil mit ihr für die Gläubiger ein dingliches Recht am vorhandenen pfändbaren Schuldnervermögen begründet wird. Wie die Vollstreckungsmöglichkeit im Moment der Konkurseröffnung ist, so wird sie festgehalten. Kein Gläubiger kann mehr hinzutreten, was nicht an der Verfügungsbeschränkung des Kridars liegt, denn es gilt auch für nichtrechtsgeschäftliche Forderungen. Können in diesem Momente bestimmte Gläubiger aus bestimmten Vermögensteilen keine Befriedigung verlangen, wobei es an sich gleichgültig ist, worauf es beruht, daß sie es nicht können, so wird zu ihren Gunsten in diesem Verfahren auch kein Recht an diesen Gegenständen erworben, denn aus ihren Ansprüchen hätte es ja nicht erwachsen können, sie können also auch nachher nicht verlangen, daß diese Vermögensteile zu ihrer Befriedigung verwendet werden.

Es findet gemäß dieser Ausführungen eine Konkurrenz der Vorbehaltsgläubiger bei der Befriedigung aus den vom einge-

brachten Gute zur Masse gezogenen Werten nicht statt, denn zur Zeit der Konkurseröffnung konnten sie in diese Vermögensteile nicht vollstrecken, also konnte auch an ihnen kein dingliches Recht für sie erworben werden.

Eine solche Berücksichtigung materiellrechtlich begründeter Unterschiede widerspricht auch nicht den Grundsätzen der KO, wird von ihnen vielmehr sogar gefordert. Aus der „gemeinschaftlichen Befriedigung" lassen sich keine Argumente dagegen aufbringen, denn „gemeinschaftlich" bedeutet keineswegs „gleichmäßig",[16]) bezeichnet vielmehr den unsere Ansicht stützenden Grundsatz, daß durch den Konkurs alle Befriedigungsverschiedenheiten, die die Einzelvollstreckung infolge ihres getrennten Verfahrens mit sich bringt, ausgeschaltet werden, daß vielmehr durch ein gemeinschaftliches Verfahren, das die Vermögensmasse umfaßt, die der Vollstreckung bei Einzelvollstreckung unterlegen hätte (von unwesentlichen Abweichungen abgesehen), derjenige Verlust, der bei Einzelvollstreckung einzelne der Gläubiger hätte treffen müssen, auf alle, die er hätte treffen können, proportional der ihrem Anspruch innewohnenden Vollstreckungsmacht verteilt wird.

Die Vollgläubiger sind also berechtigt, zu verlangen, daß die Masse bis zur Höhe des auf Grund ihrer Forderungen zur Masse gezogenen eingebrachten Gutes zu ihrer ausschließlichen Befriedigung verwendet wird.

Reicht dieses zur vollen Befriedigung nicht aus, so konkurrieren sie mit dem Ausfall, nicht mit der vollen Forderung noch bei Verteilung des Vorbehaltsgutes. Etwa hier § 68 KO anzuwenden, ist nämlich nicht angängig, da diese Bestimmung gerade auf der Tatsache der verschiedenen Vermögensträger beruht, die gerade in ihrer Mehrheit bei Begründung der Forderung zur Erhöhung der Sicherheit dienen sollen, während hier lediglich ein Vermögensträger vorhanden ist und nur ein Verfahren läuft.

Man kann allerdings bei dieser Verteilungsweise von einer Bildung von Sondermassen sprechen, muß sich aber dabei deutlich

---

16) so auch Hein S. 6.

vergegenwärtigen, daß es sich darum nicht um gesonderte Verfahren handelt. Es ist schon oben mehrfach betont, daß ein durchaus einheitlicher Konkurs vorliegt, der das gesamte für die Vollstreckung verfügbare Vermögen umfaßt. Auch für die bevorrechtigten Gläubiger der KO muß der Konkursverwalter ebenso wie für die Massegläubiger einen Teil der Masse vorweg verwenden, also, wenn man so will, Sondermassen bilden, das stört daher keineswegs die Einheitlichkeit des Verfahrens. Gerade weil das Verfahren einheitlich ist, darum kommt die Forderung nur einmal zum Zuge, können also auch die Vollgläubiger nur für ihren Ausfall die Dividende des Vorbehaltsgutes verlangen.[17])

Zu begründen ist nur noch, warum man erst die Vollgläubiger aus den vom eingebrachten Gute stammenden Werten befriedigt und sie dann mit dem Ausfall zum Vorbehaltsgut kommen läßt, und nicht es umgekehrt macht, sie also mit der vollen Forderung in das Vorbehaltsgut konkurrieren läßt und dann den Ausfall aus dem eingebrachten befriedigt. Auch dieser Verteilungsmodus widerspricht der Einheitlichkeit des Verfahrens nämlich nicht. Es leuchtet aber ohne weiteres ein, daß der hier als richtiger bezeichnete Modus den Vorbehaltsgläubigern günstiger ist, während der zuletzt genannte den Vollgläubigern weitergehende Befriedigung gewährt. Aber er entspricht nicht dem Zwecke des Konkurses, dem doch die Tendenz wesentlich ist, eine möglichst weitgehende Befriedigung der Gläubiger zu erzielen. Die Folge der Darlegungen ist nämlich, da ja eine Befriedigung der Mindergläubiger aus eingebrachtem Gute nicht zulässig ist, daß ein bei der Verteilung an die Vollgläubiger etwa verbleibender Rest des eingebrachten Gutes, das ja nie aufgehört hat, eingebrachtes zu sein, d. h. an dem der Mann auch trotz der zu duldenden Zwangsvollstreckung sein Recht behält, soweit es eben mit dieser Duldungspflicht vereinbar, daß also dieser Rest als eine Art Hyperocha nach Beendigung des Verfahrens dem Manne wieder zusteht. Gerade wenn das eingebrachte Gut ganz oder nahezu zur Befriedigung der Vollgläubiger

17) Hierin ist wohl nur Planck a. a. O. anderer Meinung.

ausreicht, würde eine günstigere Stellung gar nicht bezw. nur im geringen Maße für diese vorliegen, während der Verlust für die Vorbehaltsgläubiger um so größer sein würde. Betrachtet man das rechnerische Gesamtresultat, so ergibt sich, wenn wir das zur Masse gezogene eingebrachte Gut mit E, das Vorbehaltsgut mit V bezeichnen, daß bei der als richtig bezeichneten Verteilungsart eine Passivenmenge bis zur Höhe E + V gedeckt werden kann, bei der zweiten Art aber, bei der ein Rest bei der Verteilung des eingebrachten Gutes möglich, der R heißen mag, nur eine solche von der Größe (E + V) — R.

Dies dürfte zur Genüge erweisen, daß die hier als richtig bezeichnete Verteilungsart den Grundsätzen des Konkursverfahrens entspricht.

§ 14.

Erst jetzt, nachdem wir die Art der Verteilung festgestellt haben, ist es an der Zeit, den Einfluß dieser Verteilungsart auf das Verfahren festzustellen. Es ist schon oben betont, daß mit der Begründung, die richtige Verteilung sei Amtspflicht des Konkursverwalters, nicht gedient ist. Wer eine bestimmte Verteilung verlangt, muß dies auch geltend machen, es liegt gänzlich außerhalb der Amtspflicht des Konkursverwalters, wohlmöglich auf eigene Gefahr den einzelnen Forderungen bestimmte Charaktere zu verleihen, die Unterlagen für die Verteilung muß vielmehr das Verfahren liefern.

Man hat nun vielfach die Geltendmachung der Verteilungsart durch die Vollgläubiger in das Verteilungsverfahren der §§ 149 ff. KO, also auf Einwendungen gegen die Verteilungsliste, verweisen wollen,[1]) der innere Grund dieser Ansicht wird von einem ihrer Vertreter sehr klar dahin gegeben, „weil eine Geltendmachung doch einmal möglich sein müsse" (Heydemann).

Eines ist ja nun zuverlässig richtig, gibt die Verteilungsliste die Verteilung nicht richtig wieder, wird also z. B. jemand, der in diesem Konkurs als Vollgläubiger anzusehen ist, nicht wie ein solcher berücksichtigt, so hat er die Rechtsmittel des § 158 KO.

---

[1]) Seuffert S. 80, Quaatz S. 40, Heydemann S. 50, Kauder S. 48.

Wann aber ist er als Vollgläubiger für diesen Konkurs anzusehen? Die Verteilungsliste, das geht doch aus den Bestimmungen, insbesondere aus § 152 wohl klar hervor, wird auf Grund der Tabelle aufgestellt. Alle Rechte, die im Verteilungsverfahren berücksichtigt werden sollen, müssen daher zum mindesten angemeldet sein. Sind wir also der Meinung, daß die Vollgläubiger ein Recht auf die Verteilungsart haben, so können wir uns auch der Ansicht, die allerdings auch ein Recht der Vollgläubiger nicht anerkennt, nicht anschließen, daß erst im Verteilungsverfahren sie dieses Recht zur Geltung bringen können.

Wer im Konkursverfahren eine besondere Art der Befriedigung bei der Verteilung glaubt beanspruchen zu können, hat ebenso wie die Forderung selbst diese ihr angeblich anhaftende Besonderheit anzumelden, ebenso wie die Forderung selbst unterliegt auch diese Besonderheit dem Prüfungsverfahren. Das sind die Grundsätze des Verfahrens, die wir der KO entnehmen. Es kann natürlich, da nun einmal der Konkurs der Ehefrau in diesen seinen Eigenarten im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist, nicht verlangt werden, daß die Verfahrensbestimmungen klar unsere Rechtslage treffen; es soll zugegeben werden, daß die Redaktoren der KO unter „Vorrecht" in den §§ 139, 140, 141, 142 II, 145 II, KO wohl nur die Rangrechte des § 61 KO verstanden wissen wollten, trotzdem passen aber diese Vorschriften ohne Zwang auf das besondere Recht der Vollgläubiger.

Man werfe nicht ein, die Wesensverschiedenheit der Rangvorrechte des § 61 KO und des hier festgestellten Rechtes der Vollgläubiger dürfe nicht verkannt werden. Das soll sie gar nicht, die im materiellen Konkursrecht liegende Verschiedenheit ist schon ausdrücklich anerkannt. Für das formelle Verfahren ist aber nur das eine, das beiden Gemeinsame wesentlich, daß beide Arten von Konkursgläubiger eine besondere Art der Befriedigung, die den anderen nicht zusteht und darum ein Recht vor den anderen, ein „Vorrecht" ist, beanspruchen. Diese Gemeinsamkeit rechtfertigt die Anwendung der genannten Bestimmungen auf das Recht der Vollgläubiger.

Der Anspruch auf Befriedigung aus dem vom eingebrachten Gute zur Masse gezogenen oder zu ziehenden Gegenständen ist also anzumelden (§ 139), in die Tabelle einzutragen (§ 140), im Prüfungstermin zu erörtern (§ 141), bei Einverständnis des Konkursverwalters und der Konkursgläubiger auch dann, wenn das Recht verspätet angemeldet ist, sonst ist besonderer Prüfungstermin auf Kosten des dieses Recht anmeldenden Gläubigers anzusetzen (§ 142), die Feststellung des Rechts endlich hat die Wirkung des § 145 II.

Etwas genauer müssen nun nur das Widerspruchsrecht und die damit verbundenen Klagen betrachtet werden. Es ist schon dargelegt, daß der Mann jedenfalls kein Widerspruchsrecht im Prüfungstermin hat, daß er qua Ehemann überhaupt nicht daran beteiligt ist. Die Frau kann natürlich als Gemeinschuldnerin mit der bekannten abgeschwächten Wirkung jeder Forderung widersprechen. Es hat keinen Sinn zu sagen, sie kann dem „Vorrechte" der Vollgläubiger widersprechen, denn das beansprucht ja nur eine besondere Verteilung i m Verfahren, der Widerspruch der Frau als Gemeinschuldnerin ist nur von Bedeutung außerhalb des Verfahrens. (164 II KO.) Ebenso bedarf es kaum der Erwähnung, daß das in der Tabelle festgestellte „Vorrecht" des Vollgläubigers nicht etwa später als Titel gegen den Mann zu verwenden ist, denn der hat ja mit dem Feststellungsverfahren nichts zu tun.

Absonderlichkeiten liegen aber nicht vor. Jeder andere Vollgläubiger, aber auch jeder Vorbehaltsgläubiger, kann dem Vorrecht, wie der Forderung selbst widersprechen. Man könnte ja der Ansicht sein, daß die Vorbehaltsgläubiger kein Interesse daran hätten, aber es ist doch zu bedenken, daß für diese die eventuelle Ausfallskonkurrenz der Vollgläubiger in Betracht kommt.

Aber auch jeder Vollgläubiger kann jeder Vorbehaltsforderung widersprechen. Der bekannte Streit, ob bevorrechtigte Forderungen den nachgesetzten widersprechen können oder ob dieser Widerspruch aus Mangel an Interesse nicht zulässig oder doch wenigstens nicht durchführbar ist — der übrigens im ersten

Sinne zu entscheiden ist, so auch Petersen-Kleinfeller zu § 144 mit Literatur, insbesondere Oetker — bedarf überhaupt nicht der Erörterung, da es sich ja um ein Rangvorrecht nicht handelt, die Vollgläubiger vielmehr eventuell damit rechnen müssen, mit ihrem Ausfall mit den Vorbehaltsgläubigern auf einer Stufe zu konkurrieren.

Hat endlich ein Vollgläubiger einen vollstreckbaren Titel gegen die Frau, nicht aber gegen den Mann und wird seinem Vorrecht widersprochen, so wird man der ratio des § 146 entnehmen müssen, daß es ihm überlassen bleibt, die Feststellung zu betreiben, kann er dagegen dies „Vorrecht" auch durch einen vollstreckbaren Titel stützen, so hat der Widersprechende zu betreiben. Denn wenn dieser Titel auch gegen einen Dritten geht, so hat er das für die Bestimmung des § 146 VI m. E. Entscheidende doch, daß er eine dem „Vorrecht" entsprechende Zwangsvollstreckung bei nicht eingetretenem Konkurs ermöglicht hätte.

Dieses ganze Verfahren ist formell unabhängig von der Geltendmachung und Durchsetzung des Anspruchs auf Duldung der Vollstreckung gegen den Mann. Es ist also durchaus möglich, daß eine Forderung im Konkurse als Vollforderung zu behandeln ist, auf Grund deren der Konkursverwalter Gegenstände des eingebrachten Gutes nicht zur Masse ziehen konnte, deren Natur als Vollforderung also der Mann im Prozeß mit Erfolg bestritten hat.

§ 14 a.

Zu erwägen ist noch die Stellung der Vollgläubiger bei einem Zwangsvergleich. Haben wir nun auch gesehen, daß im Prüfungsverfahren das besondere Recht der Gläubiger auf Befriedigung gleich dem Vorrecht der nach § 61 KO bevorrechtigten Gläubiger zu behandeln war, so kann dies hinsichtlich des Zwangsvergleichs nicht gelten, denn hier handelt es sich um materielles Recht.

Der Zwangsvergleich ist ein Vertrag, den der Gemeinschuldner mit seinen Gläubigern schließt. (Daß wir auf diesem Stand-

punkt, nicht dem der Urteilstheorie stehen, kann hier nur erwähnt, nicht erörtert werden.) Die bevorrechtigten Gläubiger nehmen ihm gegenüber eine Sonderstellung ein, weil an ihrer Vollbefriedigung ein weit stärkeres soziales Interesse besteht, als an der der nicht bevorrechtigten. Diese Voraussetzung ist nun aber für die Vollgläubiger nicht gegeben, es ist ja schon darauf hingewiesen, daß das Recht der Vollgläubiger von dem der Bevorrechtigten des § 61 KO im Wesen tief verschieden ist. Das Stimmrecht der Vollgläubiger wird also auch im Zwangsvergleich in nichts geändert.

Zu erörtern ist aber die Bestimmung des § 181 KO, nach dem allen nicht bevorrechtigten Gläubigern — und zu diesen, wie eben festgestellt, gehören hier auch die Vollgläubiger — gleiche Rechte gewährt werden müssen. Wie steht es also mit der Gültigkeit eines Vergleiches, der z. B. den Vollgläubigern volle Befriedigung gewährt, den Vorbehaltsgläubigern aber nur einen Prozentsatz ihrer Forderungen? Man wird doch wohl zu dem Resultate kommen müssen, daß er nichtig ist, wenn auch zugegeben werden muß, daß das in sehr vielen Fällen das Zustandekommen eines Zwangsvergleichs nicht gerade fördern wird. Es ist aber zu bedenken, daß der Zwangsvergleich kraft seiner novatorischen Wirkung die bestehenden Unterschiede überhaupt aufhebt. Entweder der Ehemann stimmt dem Vergleiche zu, dann werden alle Gläubiger Vollgläubiger, oder er stimmt ihm nicht zu, dann werden mit zustande gekommenen Vergleich auch die Vollgläubiger zu Vorbehaltsgläubigern, denn § 193 KO Satz 2 ist auf den Duldungsanspruch gegen den Mann nicht anwendbar, da er nur so besteht, wie die Schuld der Frau, also, wie wir schon oben einmal gesehen haben, einer viel engeren Accessorität unterliegt, als etwa die Forderung gegen einen Bürgen. Der Zwangsvergleich aber ist ein durchaus einheitlicher Vertrag, dem der Ehemann nicht etwa nur teilweise, also z. B. nur hinsichtlich der Befriedigung der Vollgläubiger zustimmen kann, und so ergibt sich schon aus diesen besonderen Eigenschaften des Zwangsvergleichs als eines einheitlichen, novatorisch wirkenden Vertrages, daß es

innerhalb desselben eine verschiedenartige Behandlung der Voll- und der Vorbehaltsgläubiger nicht geben kann.

§ 15.

Es bleibt noch die Frage zu erörtern, wie die Rechtshandlungen des Mannes in Ansehung des eingebrachten Gutes dem Konkurse gegenüber wirken. Man wird hier Handlungen vor Eröffnung und nach Eröffnung unterscheiden müssen.

An sich sind sonst wirksame Rechtshandlungen des Ehemannes vor der Konkurseröffnung natürlich auch der Masse gegenüber wirksam. Sie können aber der Gläubigeranfechtung unterliegen, allerdings in Konsequenz der hier dargelegten Ansicht nur insoweit, wie überhaupt Rechtshandlungen Dritter angefochten werden können. Damit ist ein auf den ersten Blick vielleicht der besonderen Stellung des Mannes zum eingebrachten Gute wenig entsprechendes Resultat gegeben. Man bedenke aber folgendes: Die Möglichkeit für den Mann, das eingebrachte Gut wirksam zu verringern, ist stark eingeschränkt, nur über gewisse Gegenstände kann er ohne weiteres verfügen. Macht er von diesem Verfügungsrechte entgegen einer ordentlichen Geschäftsführung Gebrauch — was doch meist vorliegen wird, wenn durch diese Handlungen eine Benachteiligung der Gläubiger eingetreten ist — so haftet er der Frau also auch dem Konkursverwalter persönlich. Bei Verfügung aber, zu denen er der Zustimmung der Frau bedarf, wird diese Zustimmung bei Vorliegen der Voraussetzungen in allen Fällen angefochten werden können, in denen die anfechtbare Handlung nicht unmittelbar dem nach § 37 KO zur Zurückgewähr Verpflichteten gegenüber vorgenommen sein muß, d. h. also alle Fälle, außer § 30 Z. 1 erster Halbsatz und § 31 Z. 2 KO. Damit dürfte die Masse genügend gesichert sein. Zu bedenken bei Ausübung dieser Anfechtungsrechte ist aber, daß sie stets eine objektive Benachteiligung der Masse voraussetzen. Befriedigt z. B. unter sonst die Anfechtung rechtfertigenden Umständen der Mann einen Voll- oder Vorbehaltsgläubiger aus eingebrachtem Gut, so liegt diese Benachteiligung nicht vor, wenn das einge-

brachte zur Befriedigung der Vollgläubiger ausreicht, da ja die Befriedigungsmöglichkeiten der Masse nicht verändert sind und ihr nur ebensoviel entzogen ist, als sie sonst mehr hätte verteilen müssen.

Es sind aber auch durch das Verhalten des Mannes andere für den Massebestand und die Gläubigerbefriedigung wichtige Veränderungen möglich. Es ist schon an anderen Stellen unserer Darlegungen darauf hingewiesen, daß eine Umwandlung von Gegenständen des eingebrachten Guts in Vorbehaltsgut ebensowenig im Konkurse anfechtbar ist, wie der Vertrag, durch den Gütertrennung eingeführt wird. Duldet der Mann aber eine Zwangsvollstreckung, zu deren Duldung er verpflichtet ist, so erlangt der Gläubiger eine kongruente, war der Mann nicht zur Duldung verpflichtet, eine inkongruente Deckung; dies kann also nach den bekannten Regeln angefochten werden, vorausgesetzt, daß objektive Benachteiligung gegeben ist.

Aber nach der hier vertretenen Anschauung sind auch nach der Konkurseröffnung Verwaltungshandlungen ebensogut möglich, wie vorher, denn es ist ja gezeigt, daß das Recht des Mannes in allen seinen Wirkungen auch die Konkurseröffnung überdauert, daß es nur durch die zu duldende Vollstreckung selbst berührt wird.

Da nun zwischen Konkurseröffnung und jenem Moment, in dem der Konkursverwalter die Duldung der Vollstreckung durchsetzen kann, eine mehr oder minder große Zeitspanne liegen wird, kann der Mann auch in dieser Zeit noch das eingebrachte Gut verringern.

Allerdings kann er jetzt nicht mehr Zwangsvollstreckung dulden, da ja, wie dargelegt ist, eine Einzelvollstreckung nicht mehr möglich ist. Soweit er zu Handlungen der Zustimmung der Frau bedarf, ist die Masse gleichfalls geschützt, denn diese Zustimmung würde nach § 7 KO für das Verfahren unwirksam sein, also würde auch die zustimmungsbedürftige Rechtshandlung des Mannes diesem Schicksal unterliegen. Nur in den engen Grenzen des freien ehemännlichen Verfügungsrechts ist also eine Gläubigerbenachteiligung überhaupt denkbar, auch hier ist dann

das Äquivalent des Anspruchs auf ordnungsmäßige Verwaltung gegeben.

Aber m. E. können diese Rechtshandlungen sogar ebenso wie die vor der Eröffnung liegenden angefochten werden, denn wenn auch § 29 KO nur Rechtshandlungen, die vor der Konkurseröffnung liegen, für anfechtbar erklärt, so hat man eben nur an Rechtshandlungen des Gemeinschuldners gedacht, oder doch an solche, die nach der Konkurseröffnung überhaupt nicht mehr mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern ausgestattet sind. Daß das Gesetz aber auf dem Standpunkt steht, daß, wenn Rechtshandlungen nach der Konkurseröffnung überhaupt an sich noch in Ansehung der Masse wirksam sind, diese erst recht der Anfechtung unterliegen, beweist § 42 KO. Denn dort sind die Handlungen in Ansehung der Masse n a c h der Konkurseröffnung, die man sich als rechtswirksam damals allein vorgestellt hat — da das Gesetz unseren Fall ja gar nicht ausdrücklich bedacht hat — auch der Anfechtung unterworfen.

Eine ausführlichere Begründung dieser Ansicht würde ein allzu weitgehendes Eingehen auf die Grundfragen der Anfechtung bedingen, dürfte deshalb hier zu weit führen. Wer sich der hier vertretenen Ansicht nicht anzuschließen vermag, muß den Konkursverwalter, was wohl praktisch sehr häufig zweckentsprechend sein wird, auf die allgemeinen vorläufigen Sicherungsmaßregeln der CPO verweisen.

§ 16.

Erst jetzt, nachdem festgestellt ist, welchen Verlauf das Konkursverfahren zu nehmen hat, können wir seine Voraussetzungen prüfen, denn diese sind von dem wahrscheinlichen Verlauf des Verfahrens im wirtschaftlichen Resultat nicht unabhängig.

§ 10 KO lautet: „Die Eröffnung des Verfahrens setzt die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners voraus." Es liegt nun auch beim Konkurs der Ehefrau keine Veranlassung oder Möglichkeit vor, einen anderen Konkursgrund anzunehmen, insbesondere nicht, nachdem festgestellt ist, daß ein Sonderkonkurs nicht denkbar ist.

Beantragt nun ein Gläubiger die Konkurseröffnung, so hat er die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners glaubhaft zu machen (§ 105 KO); es erhebt sich nur die Frage, wann diese Zahlungsunfähigkeit der Ehefrau vorliegt.

Um sie zu beantworten, müssen wir vorerst einen Irrtum beseitigen. Man begegnet nämlich in der den Konkurs der Ehefrau behandelnden Literatur häufig der Fragestellung, in welchem Umfange der Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit der Frau glaubhaft zu machen habe. Worauf diese Frage hinaus will, ist leicht zu erkennen; es wird nämlich hie und da die Ansicht vertreten, daß der Vorbehaltsgläubiger eine Zahlungsunfähigkeit nur in Hinsicht des Vorbehaltsgutes, der Vollgläubiger dagegen in Hinsicht des ganzen Vermögens darzulegen habe. Die Ansicht entstammt den Protokollen.[1]) Quaatz[2]) glaubt sie nötig zu haben, weil sonst ja kein Vorbehaltsgläubiger den Konkurs durchsetzen könne. Wie es darum bestellt ist, wird sich gleich zeigen, wenn festzustellen ist, w a n n nun Zahlungsunfähigkeit der Ehefrau vorliegt.

Jedenfalls verkennt die Ansicht das Wesen der Zahlungsunfähigkeit. Denn diese ist ein Zustand, schon ihr Name sollte den rechten Weg weisen. Es ist die Unfähigkeit zu zahlen, diese Unfähigkeit besteht nun entweder oder sie besteht nicht, es ist aber logisch nicht denkbar, daß sie einem Gläubiger gegenüber besteht, dem anderen gegenüber nicht. Aber wir brauchen uns an dieser Stelle noch gar nicht einmal mit den Merkmalen, dem Wesensinhalt des Begriffes zu beschäftigen, ein Blick in die KO beweist die völlige Unhaltbarkeit der Ansicht.

„Die Konkurseröffnung setzt Zahlungsunfähigkeit voraus" sagt § 102 KO. Schon dieser Satz beweist die absolute Natur des Begriffes. Losgelöst von dem zufällig den Antrag stellenden Gläubiger steht er da, vor allem ist ja auch Zahlungsunfähigkeit Voraussetzung, wenn der Gemeinschuldner selbst den Antrag stellt. Der den Antrag stellende Gläubiger soll nur glaubhaft machen, daß sein Antrag begründet ist, damit nicht das Gericht

---

1) VI. S. 769.
2) S. 39.

auf jede Behauptung eines vielleicht sehr schwarzsehenden Gläubigers hin den Apparat der Ermittlung in Bewegung setzen muß, aber es bleibt doch auch nach der Glaubhaftmachung die Aufgabe des Gerichts, sich davon zu überzeugen, ob der Zustand, den das Gesetz als Voraussetzung des Verfahrens verlangt, auch tatsächlich vorliegt (§ 105 II KO), und das ganze Konkursverfahren ist doch gerade dadurch gekennzeichnet, daß es sich nicht mehr zwischen dem Schuldner und einem Gläubiger abspielt, etwa dem antragstellenden, sondern daß nun die ganze Vermögenslage des Gemeinschuldners geklärt werden soll. Daß gerade ein Gläubiger zur Antragstellung erforderlich ist, beruht doch nur auf der Erwägung, daß dem Schuldner nicht die Folgen des Konkursverfahrens aufgebürdet werden sollen, wenn nicht ein einziger von denen, die es angeht, ein Interesse an der Konkurseröffnung hat. Im Verlauf des Verfahrens hat dieser antragstellende Gläubiger nichts, was ihn von den anderen Konkursgläubigern unterscheidet. Wie sollte nun gerade nach ihm die Konkursvoraussetzung beurteilt werden. Kann er doch auch, nachdem einmal eröffnet ist, nicht durch Zurücknahme des Antrags die Konkurseröffnung rückgängig machen — so wenigstens die herrschende Meinung[3]) — da dieser Antrag nur Anstoß, aber nicht Grundlage des Verfahrens bildet, ja es kann sich ohne Schaden für den Fortgang im Feststellungsverfahren herausstellen, daß er überhaupt nicht Konkursgläubiger ist. Es widerspricht doch auch jeder Einsicht, anzunehmen, daß über einen Gemeinschuldner in derselben Vermögenslage je nach der Art des antragstellenden Gläubigers bald der Konkurs soll eröffnet werden können, bald nicht.

So steht denn auch die herrschende Meinung mit Recht auf dem Standpunkte, daß die Zahlungsunfähigkeit der Ehefrau einheitlich festzustellen ist.[4]) Nur kann man einen sehr verschiedenen Standpunkt dazu einnehmen, wann denn also diese Zahlungs-

---

3) s. Oetker S. 176.

4) Jaeger zu § 2 Anm. 36, Planck zu § 1411 Anm. 10, Ullmann S. 251.

unfähigkeit vorliegt. Planck will dabei die Zweiteilung der Gläubiger gar nicht in Rechnung ziehen, er stellt einfach die Passivmasse dem gesamten Aktivvermögen der Ehefrau gegenüber mit der Begründung, die Zweiteilung komme nur dem Manne gegenüber in Betracht; sehr energisch stellt sich auch Heydemann auf diesen Standpunkt (S. 14), indem er es ganz gerecht findet, daß dann die Vorbehaltsschulden selten den Konkurs herbeizuführen vermögen, da es ja die Vorbehaltsgläubiger nicht nötig gehabt hätten, der Frau zu kreditieren; ein Argument, mit dem man nötigenfalls die Beseitigung aller Rechte rechtsgeschäftlicher Gläubiger verteidigen könnte.

Auch diese Ansicht kommt im Grunde auf ein Mißverstehen des Wesens der Zahlungsunfähigkeit hinaus. Sie verwechselt diese zwar nicht mit der Überschuldung, ist sich sicherlich auch klar darüber, daß eine Überschuldung vorliegen kann, wenn noch lange nicht von Zahlungsunfähigkeit gesprochen werden kann, und scheint doch der Meinung zuzuneigen, daß umgekehrt Zahlungsunfähigkeit nicht ohne Überschuldung vorliegen kann. Nun mag auch gleich zugegeben werden, daß keine Zahlungsunfähigkeit vorhanden ist, wenn es nicht an Zahlungsmitteln mangelt. Ist der Schuldner zwar fähig, aber nicht willens, zu bezahlen, liegt nach der Ansicht des Reichsgerichts[5]) nicht einmal Zahlungseinstellung, also erst recht nicht Zahlungsunfähigkeit vor. Aber es ist andererseits auch nicht Voraussetzung der Zahlungsunfähigkeit, daß die Passiven unbedingt die Aktiven des Schuldnervermögens überwiegen. Sie ist vielmehr gegeben, wenn der Gemeinschuldner aus Mangel an b e r e i t e n Zahlungsmitteln seine im kritischen Moment zu erfüllenden Geldschulden nicht mehr tilgen kann. Dieser Mangel wird ja nun regelmäßig auf Überschulden beruhen, denn wer nicht überschuldet ist, wird meist Kredit haben, aber er braucht es nicht, denn das kann von anderen Momenten mit abhängen — allgemeine Lage des Geldmarktes z. B. — auch kann niemand gezwungen werden, seinen Kredit anzuspannen.

---

5) RG in JW 1904 S. 157 Nr. 47.

Zahlungsunfähigkeit liegt also auch immer dann vor, wenn der Gemeinschuldner Vermögensteile so festliegen hat, daß die Gläubiger daraus keine Befriedigung zu erlangen vermögen, die verfügbaren Zahlungsmittel aber zu ihrer Befriedigung nicht ausreichen. Ein solches Festliegen von Vermögensteilen bedeutet auch das Recht des Mannes am eingebrachten Gute. Es kann dies keineswegs nur als ein „zeitweises" (so Heydemann S. 14) Festliegen bezeichnet werden. Es entspricht wohl der ratio des Gesetzes nicht, deshalb Zahlungsunfähigkeit anzunehmen, weil der Schuldner fällige Schulden erst einige Tage oder auch Wochen später zu tilgen vermag. Wenn aber das Recht des Mannes am eingebrachten Gute nur als ein zeitweises anzusehen ist, dann ist es sehr interessant zu erfahren, wo dann noch von einem dauernden Festliegen von Vermögensteilen gesprochen werden darf. Daß es Ereignisse geben kann, die dies Festliegen beseitigen, daß diese Ereignisse sogar während des Konkurses eintreten können, kann die Ansicht, daß dieses Festliegen für die Zahlungsunfähigkeit im Moment der Konkurseröffnung zu berücksichtigen ist, nicht erschüttern, denn eine solche Möglichkeit dürfte bei jeder Art dauernden Festgelegtseins von Vermögensteilen gegeben sein.

Es ist demnach unbestreitbar, daß die Vermögensteile, die im Falle eines Konkurses nicht zur Masse gezogen werden können, auch nicht als vorhandene Zahlungsmittel bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit zu rechnen sind.

Zu weit geht es aber andererseits, die den Vollgläubigern gegebene Möglichkeit, Befriedigung aus dem eingebrachten Gute zu erlangen, gar nicht zu berücksichtigen, wie es Ullmann[6]) und im Resultat auch Hauder[7]) will. Dieser verlangt nur den Nachweis, daß der Mann die Zustimmung zur Befriedigung aus eingebrachtem versagt, nicht aber daß die Vollstreckung nicht erfolgreich ist. Es ist ja nicht zu leugnen, daß die sprachliche Zusammensetzung für die abgelehnte Ansicht spricht. Die Frau kann nicht ohne die Zustimmung des Mannes über eingebrachtes Gut ver-

---

6) S. 251.
7) S. 25 ff.

fügen (§ 1395 BGB), das Vorbehaltsgut deckt die nötigen Zahlungsmittel nicht, also ist die Frau zahlungsfähig. Aber das Resultat widerspricht doch sehr der unserem Gesetz eigentümlichen Auffassung vom Konkurse. Es wäre doch mit unbillig noch sehr mild bezeichnet, wenn man den Konkurs mit allen seinen Folgen einer Frau auferlegen wollte, deren eingebrachtes Gut z. B. einen Wert von 90 000 Mark und deren Vorbehaltsgut, das soll hier heißen, die ihr zur Verfügung stehenden Zahlungsmittel 10 000 Mark beträgt, während sie Schulden in einer Höhe von 20 000 Mark hat und zwar sämtlich Vollschulden. Zahlungsunfähig aber im genauesten Wortsinn und nach der Interpretation Ullmanns ist diese Frau.

Die ratio legis ist eine andere. Die Zahlungsunfähigkeit ist diejenige Vermögenslage, die den Konkurs notwendig macht, aus seinem Wesen heraus ist sie zu erklären. Man werfe nicht ein, daß dies ein circulus sei, denn das Wesen des Konkurses ergibt sich aus dem gesamten System, nicht aus seiner Voraussetzung. Nun ist es nach dem Gesagten klar, daß der Konkurs dann eintreten soll, wenn eine augenblickliche volle Befriedigung der Gläubiger nicht möglich zu sein scheint, denn dann eben ist es notwendig, daß eine Verlustgemeinschaft gebildet wird und nur dann liegt Zahlungsunfähigkeit vor.

Man könnte die Zahlungsunfähigkeit aus dem Zusammenkommen zweier Momente erklären, eines objektiven: der Mangel an bereiten Zahlungsmitteln, und eines subjektiven: die Unfähigkeit oder der Willensmangel, neue Zahlungsmittel zu beschaffen, wobei nochmals betont werden mag, daß das objektive Moment nicht mit der Überschuldung identisch ist.

Die Definition der Zahlungsunfähigkeit hat demnach zu lauten:

Es ist die Vermögenslage des Gemeinschuldners, die eine volle Befriedigung aller fälligen Forderungen aus seinem augenblicklich der Zwangsvollstreckung überhaupt unterworfenen Vermögen nicht möglich erscheinen läßt (objektives Moment), und bei der er ferner nicht imstande oder nicht willens ist, sich neue Zahlungsmittel zu verschaffen (subjektives Moment).

Für unseren Fall ist daher zu berücksichtigen, daß auch das Eingebrachte zur Befriedigung der Gläubiger verwendet werden kann. Wenn daher es den Gläubigern der Ehefrau nicht mehr möglich ist, im Wege der Singularexekution allgemein ohne Verluste Befriedigung zu erlangen, mit anderen Worten, wenn entweder die Vorbehaltsforderungen das Vorbehaltsgut oder die Schulden überhaupt das der Zwangsvollstreckung vermittels der Duldungsklage unterliegende eingebrachte Gut und das Vorbehaltsgut zusammen übersteigen, ist das objektive Moment der Zahlungsunfähigkeit gegeben, das subjektive aber bleibt stets unveränderlich.

Es war unrichtig, einen Unterschied je nach der Art der Forderung des antragstellenden Gläubigers machen zu wollen, aber es ist auch ebenso unrichtig, zu behaupten, es komme überhaupt nicht auf den Unterschied von Voll- und Vorbehaltsschulden an, er ist für den Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit, wie gezeigt, von großer Bedeutung. Der antragstellende Gläubiger hat nur diese glaubhaft zu machen, nichts mehr, wie etwa die mehr oder minder große Abgeneigtheit des Ehemannes, das eingebrachte Gut den Schulden seiner Frau zu opfern (Kauder S. 29), aber auch nichts weniger. Daß die Darlegung dieser Vermögenslage nicht immer leicht sein wird, mag zugegeben werden, dafür steht ja aber auch die allerdings widerlegbare praesumptio des § 102 II KO dem Gläubiger zur Seite.

Das Dargelegte gibt gleichzeitig an, welche Gesichtspunkte für die gerichtliche Ermittlung und Entscheidung maßgebend zu sein haben.

Für die Frage, ob eine die Kosten des Verfahrens deckende Masse vorhanden ist, kommt die Zweiteilung des Vermögens nicht in Betracht. Es ist dargelegt, daß der Konkurs eine Art der Vollstreckung ist. Mit der herrschenden Meinung ist aber der § 1412 II BGB so auszulegen, daß mit „Rechtsstreit" jeder Akt der streitigen Gerichtsbarkeit im formellen Sinne gemeint ist, mag er materiell noch soviel Elemente freiwilliger Gerichtsbarkeit enthalten. Die Kosten des Verfahrens geben also stets Anspruch

auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut, was allerdings zu dem sonderbaren Resultate führen kann, daß der Mann das eingebrachte um die Prozeßkosten einer Duldungsklage schmälern lassen muß, die er selbst gewonnen hat.

Das Gericht hat also hierzu nur zu prüfen, ob das gesamte Vermögen der Frau die Kosten deckt.

Schluß.

Somit wäre der Versuch, aus den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen die Grundzüge der Regelung des Konkurses der Ehefrau zu finden, beendet, die Resultate, die das Gesetz dafür ergibt, m. E. festgestellt. — Es muß aber de lege ferenda gesagt werden, daß diese gesetzliche Regelung nicht überall befriedigt; es muß daher aufrecht erhalten werden, daß eine den wirtschaftlichen Verhältnissen mehr entsprechende Regelung eine bisher ungelöste Aufgabe der Gesetzgebung bleibt.